جامعة جنيف



هيئة القانون

المعايير القانونية لعقد العمل

رسالــة

قدمت الى هيئة القانون فى جامعة جنيف
للحصول على درجة دكتوراه فى القانون

من قبل

جلال القريشي

رسالــة رقم ٥٨٦

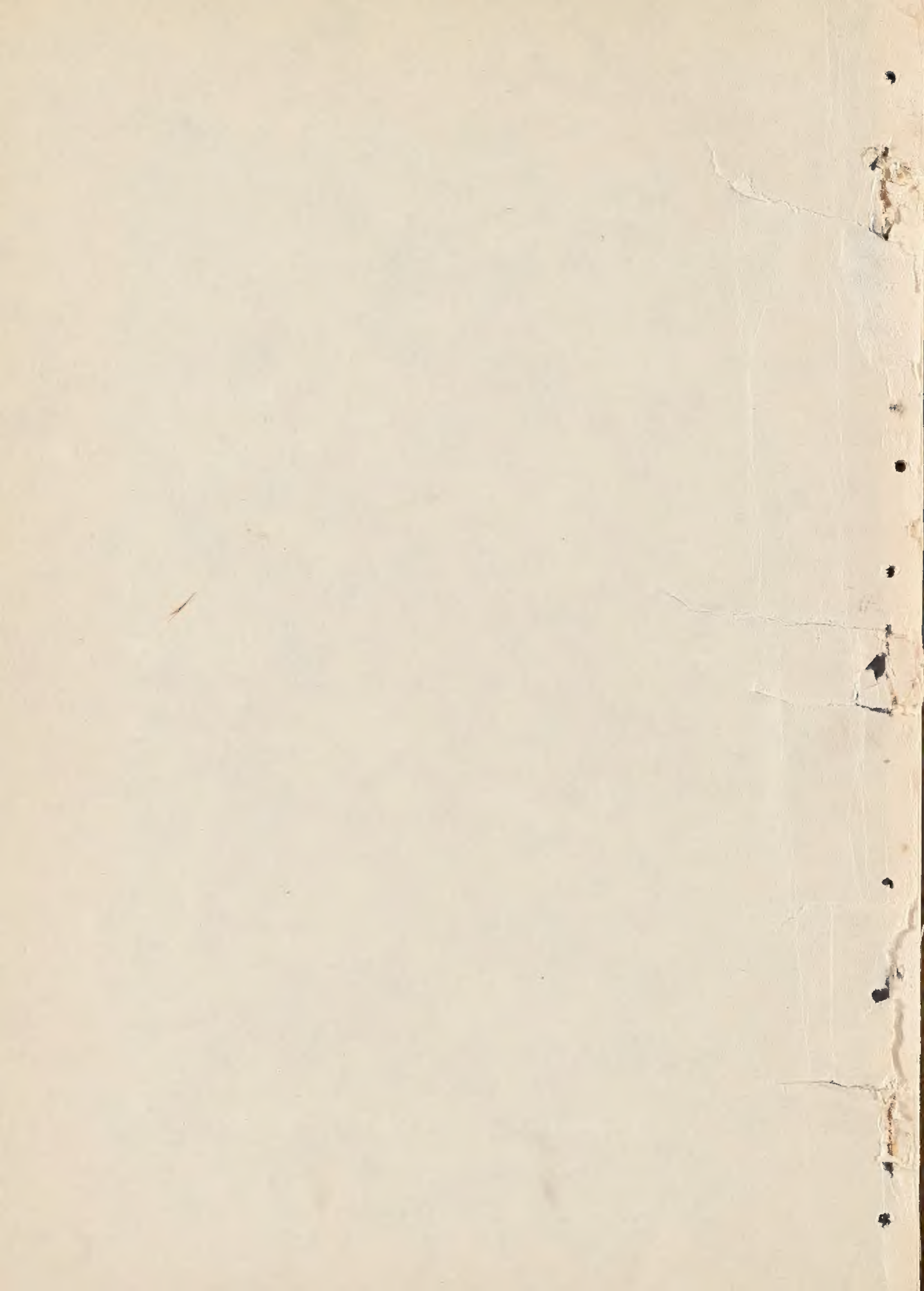
ترجمة الدكتور

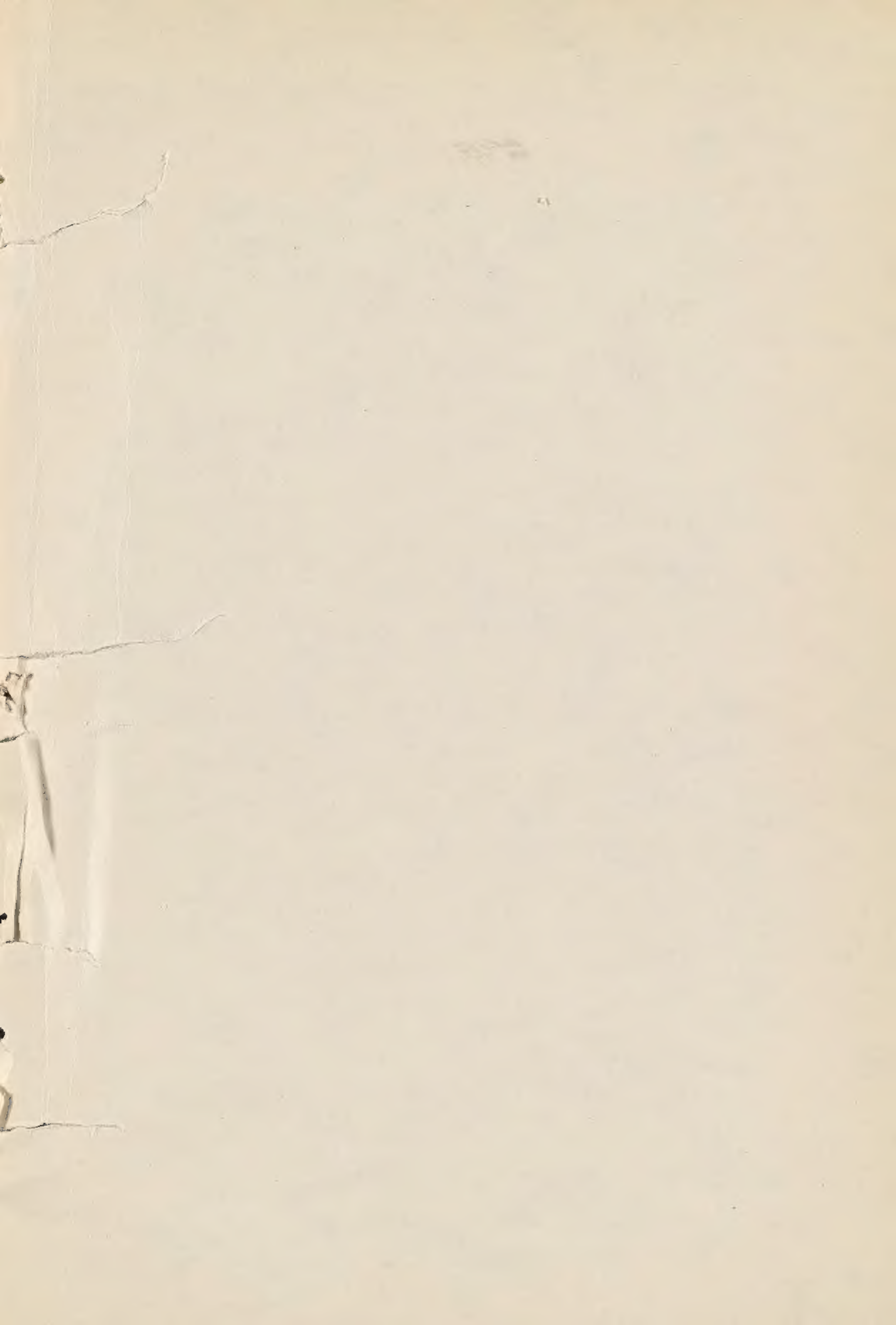
جلال مصطفى القريشى
المدرس فى هيئة القانون والاقتصاد
وأمين الخزانة العام فى جامعة البصرة

الثمن دينار واحد

مطبعة حــداد ــ بصرة/١٠/١٠٠٠/١٩٦٩







جامعة جنيف



هيئة القانون

المعايير القانونية لعقد العمل

ترجمة الدكتور

جلال القريشي

المدرس في هيئة القانون والاقتصاد
وأمين الخزانة العام في جامعة البصرة

* *

ساعدت على طبعها جامعة البصرة

الثمن دينار واحد

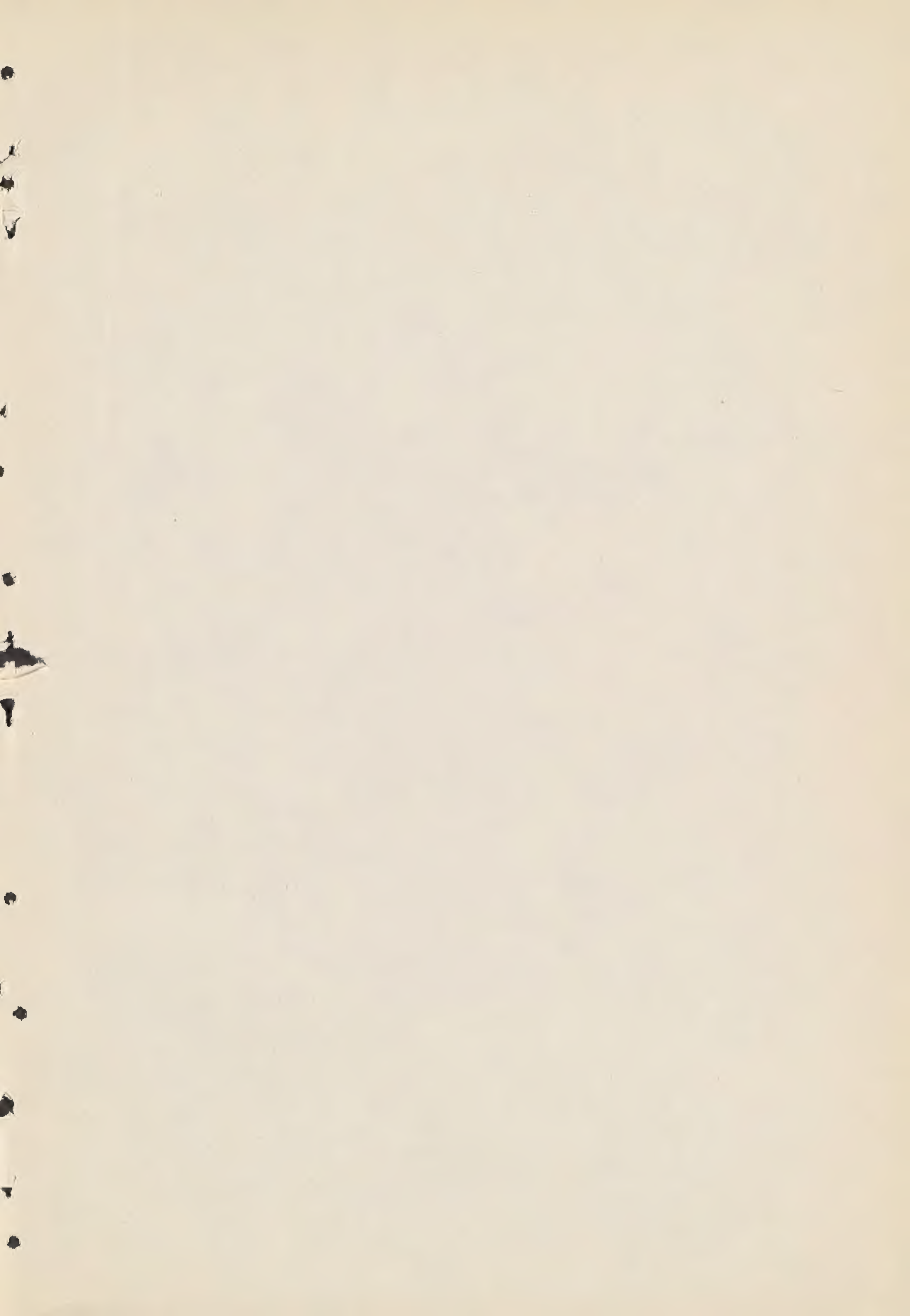
١٩٦٩

مطبعة حداد ــ بصرة

● ان هيئة القانون تخول طبــع هــذا البحث دون أن تعنى بذلك الاعراب عن رأيها حول أى مــن الاقتراحات المعلنة فيه ۰۰؟

العميد
PIERRE LALIVE

رسالة رقم ٥٨٦

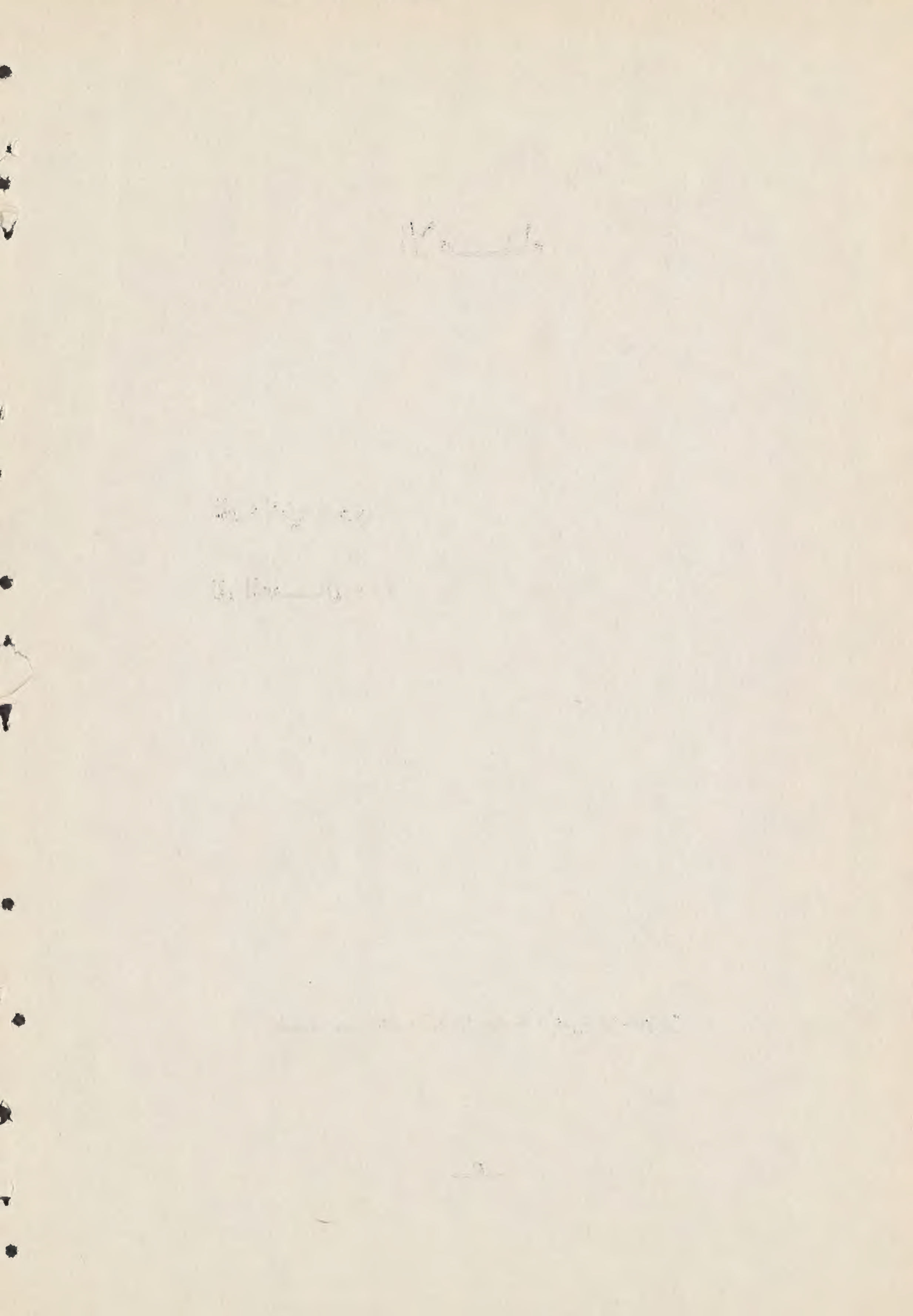


الاهــــداء

الى ولدي لـؤي

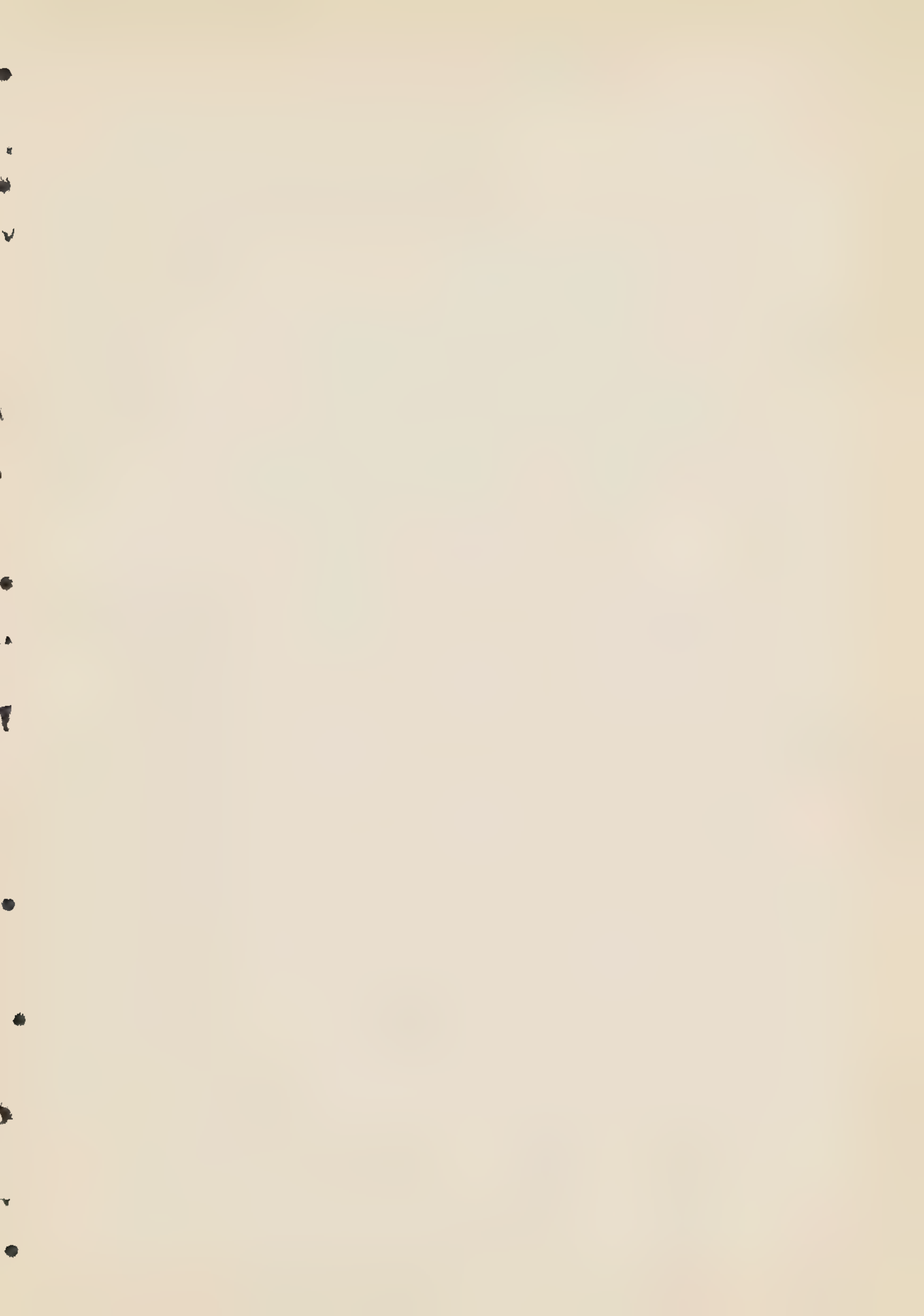
الى العمــــال ...

طبعت بمساعدة مالية من جامعة البصرة في العراق



ملاحظـة :

لقد نوقشت هذه الرسالـة في ٢٥ تشريـن الثاني ١٩٦٤ . لذلك لم تعـن بالتعديلات التي طرأت بعد هذا التاريخ على التشريع والتطبيق في البلدان التي أخـذت بنظر الاعتبار في هذا البحـث ؟



الفهرست

الفصل الثالث

تفريق عقد العمل عن العقود التى محلها أموال مادية

الفصل الرابع

تفريق عقد العمل عن بقية العقود المتعلقة بالعمل

المقدمة

١ ـ موضوع البحث الحاضر

يتصل موضوع هذا البحث بشكل رئيس بتحديد عقد العمل ، بتفريقه ، ببيان مميزاته الخاصةوبتكييفه • اننا نفترض انفسنا أمام عقود نافذة الانعقاد أو أمام روابط ليست تعاقدية هنــاك اختــلاف بشأن تحديد طبيعتها القانونية • وعملنــا يقتصر عـلى استخلاص بعض المعايير القانونية التى تسمح بتفريق عقد العمل عن تلك الروابط •

لا يندر ان يثور نزاع بين المتعاقدين بعد ابرام عقد من العقود حول تكييف طبيعته القانونية ، اذ بالرغم من تسميتهم لذلك العقد عقد مقاولة أو وكالة أو شركة أو اجارة بسبب جهلهم أو تعمدا ، فقد كانوا فى الحقيقة قد ابرموا عقد العمل •

لا يستطيع من يدعى كونه مقاولا أو وكيلا أو شريكا ولا مــن يدعى كونه مستأجرا ، فى هذه الحالة ، الاحتجاج بتلك التسمية الخاطئة على حساب الطرف الآخر فى العقد• يقوم هذا الحل، الذى يفرضه القانون فى أغلب النظم القانونية ، مــن حيث الاساس ، عــلى تفسـير وتكييف الفعــل القانونى ، حيــث يضفــى التكييف على الاتفاق الناشىء عــن ارادة الاطراف تسمية تتفــق

وطبيعته وتسمح باخضاعه الى القواعد القانونية الخاصة بفئته ، لذا سنتفحص بعجالة مشكلة تفسير العقــود ومشكلة تبويبها فــى القوانين السويسرى والفرنسى والانكليزى والعراقى ٠

(أ) فى القانون السويسرى :

تنص الفقرة ١ من المادة ١٨ من قانون الالتزامات السويسرى التى يشير هامشها الى « تفسير العقود » ما يلى « هناك مجال ، من أجل تقرير شكل العقد وبنوده ، للتحرى عن النية الحقيقية والمشتركة للمتعاقدين ، دون الوقوف على الالفاظ والتسميات غير الدقيقة التى استخدماها خطأ أو لاخفاء الطبيعة الحقيقية للاتفاق » ٠

فكيف يمكن الكشف عن الارادة الحقيقية لاطراف العقد وفقا لاحكام هذا النص ؟

تظهر هذه الارادة ، تبعا لفون تور ، من الوضع السابق والوضع اللاحق للمتعاقدين ومن طريقة تعبيرهم أو بتقدير الظروف التــى وضعت تلك التعابير بتأثيرها(١) ٠

والمحكمة الاتحادية ترى ، من جانبها ، ان البنود الرئيسة هى التى تحدد أولا بأول طبيعة العقد . فان امكن تصنيف هذا العقد كيفما اتفق فى عدة أنواع من الفئات القانونية ، وجب التعويل على التخصيص الذى اختاره المتعاقدان مــا دام لــم يثبت خطؤه ،

---

(١) انظر Von Tuhr, Partie général du Code des obligations, ler Vol. p. 240, 1929.

وخاصة عند تعلق الامر باشخاص اعتادوا مزاولة الاعمال وألفوا النصوص القانونية(٢) .

تضع المحكمة الاتحادية بهذا القرار المبدأ الآتى : هناك قرينة تقضى بصحة التسمية التى أطلقها المتعاقدون ، ولكنها قرينة قابلة للطعن فيها .

عليه ينبغى تحديد طبيعة العقد ، فى القانون السويسرى ، بما يصدر عن محتواه مع تقدير الظروف الخاصة بكل حالة .

يخلص من ذلك ، ان المحاكم تستطيع ، اذا اقتضى الحال ، ان تبتعد عن التعابير الخاطئة التى يستخدمها المتعاقدون عن قصد أو نتيجة لجهل أو عدم اكتراث،للتحرى عن نيتهم الحقيقية والمشتركة .

يجب الكشف كذلك عن الدور الهام الذى يلعبه تبويب العقود القانونى فى تفسيرها ، التبويب الذى يسمح على سبيل المثال ، ببيان الطبيعة القانونية للعقد ويسلط الضوء على الصفات الخاصة لكل من الفئات محل الدرس .

ولكنه يجب الا يعطى للتبويب قيمة حاسمة ، من الصعب جدا ، فى واقع الحال ، تبويب العقد دون المخاطرة بالخروج على ارادة المتعاقدين واغفال جزء من العناصر الجوهرية للشروط التى ادرجت فى العقد فى لحظة ابرامه .

لنذكر فى هذا المجال محل عقد العمل فى تشريع الاتحاد

---

(١) انظر ATF 48, p. 229.

السويسرى : ان لم يوجد تقنين للعمل فى القانون السويسرى ، فقد كرس قانون الالتزامات الباب العاشر لعقد العمل لتفريقه عن العقود المتصلة بالعمل بالمعنى الواسع لهذا التعبير مثل عقد المقاولة (الباب الحادى عشر) والوكالة (الباب الثالث عشر) والشركة البسيطة (الباب الثالث والعشرون) ، أو لتفريقه عن العقود الواردة على محل مادى كالاجارة (الباب الثامن) والبيع (الباب السادس) .

(ب) أما الحل الذى جاء به القانون الفرنسى لمشاكل تفسير العقود فلا يختلف كثيرا عن حل القانون السويسرى .

فالمادة ١١٥٦ من القانون المدنى الفرنسى تفرض على القاضى وجوب التحرى عن الارادة المشتركة للمتعاقدين بدلا من الوقوف على المعنى الحرفى للتعابير المستعملة ، غير ان هذه القاعدة الاساسية حول التفسير المستوحاة من مبدأ احترام الارادة الحقيقية لاطراف العقد قد خففت بالمادة ١١٣٥ التى تنص على ان : « الاتفاقات ليست ملزمة بتعابيرها فحسب ، وانما بجميع الآثار التى ترتبها العدالة والعادات أو القانون على الالتزام تبعا لطبيعته» .

يخلص من ذلك ان القانون الفرنسى لا يكتفى (شأن قانون الالتزامات السويسرى) بالمظهر الخارجى للاعلان عن الارادة ، ولكنه لا يوصى كذلك بالتحرى عن الارادة المضمرة لكل من المتعاقدين(١) .

---

(١) انظر F. Bosshart, Interprétation des contrats. Thése Genéve, p. 72 et ss., 1939.

وبخصوص مسألة التبويب ، يجمل ان نقول ان القانون المدنى الفرنسى لا يحتوى الا على تنظيم مقتضب لعقد العمل وانه قد جمع فى المادة ١٧٧٩ ثلاث فئات مختلفة من العقود هى : عقد اجارة العمال الذين يلتزمون بخدمة شخص معين (عقد العمل) وعقد سواق المركبات البرية أو المائية (عقد النقل) وعقد المتعهدين (عقد المقاولة) .

واثر تطور الصناعة وتضاعف اليد العاملة بدا أن التقنين المدنى الفرنسى غير كاف لتنظيم روابط العمل الجديدة ، الامر الذى حدا بالدولة الى تشريع المزيد من النصوص القانونية لحماية العمال تبعا للحاجة ، وأخيرا جمعت جميع هذه النصوص فى تقنين موحد هو قانون العمل لعام ١٩١٠ .

كان لاضطراب التبويب فى القانون الفرنسى اضافة لنواقص هذا القانون آثار سيئة على الفقه والقضاء ، فقد عانى صعوبات جمة فى تفريق العقود بعضها عن بعض الآخر .

(ج) والمسألة تعرض بطبيعة الحال بشكل مختلف فى القانون الانكليزى . ذلك لان الفن القانونى والاصطلاحات الفنية تختلف عن تلك التى تخص القانون السويسرى أو الفرنسى . المبادىء العامة لقانون العقود لا تصدر عن التشريع المكتوب Statute Law لقد وضعتها وطورتها المحاكم ، وغدت تؤلف جزءا من القانون العمومى (Common Law) . وتلك المحاكم تصدر أحكامها وفقا لمبدأ يقضى بان « البالغ ملزم بوعده » ، وان كانت تأخذ بنظر الاعتبار ، فى حالات استثنائية ، طبيعة العمل الخاصة . مثال

ذلك ، لقد أدى التطور الحديث فى موضوع المنافسة غير المشروعة الى التفريق بين الاتفاق الذى يلتزم بموجبه بائع بعدم منافسة المشترى وبين التزام مماثل يتعهد به عامل لصاحب العمل بالامتناع عن المنافسة خلال الفترة اللاحقة لنهاية استخدامه(١) .

ويجدر بالذكر ، من ناحية أخرى ، ان المبادىء العامة التى تحكم عقد العمل لم تتطور بأحكام محاكم القانون العمومى ، وانما طورتها محاكم العدالة التى كانت تملك صلاحية تعديل نصوص العقد ، وتطبق بعض المبادىء المتعلقة بتفسير الافعال القانونية ، ومثالها :

ـ « العدالة تفترض وجود نية لانجاز الالتزام » .

ـ « العدالة تعتبر قد انجز ما كان يجب انجازه » .

ـ « العدالة تأخذ بالقصد لا بالشكل »(٢) .

(د) وفى العراق ، أخيرا ، يقضى القانون المدنى لعام ١٩٥١ (الذى دخل حيز التنفيذ عام ١٩٥٣) بان يقوم تفسير العقد على الارادة الظاهرة والنية الحقيقية للمتعاقدين : فقد نصت مادته الخامسة والثلاثون بعد المائة على ما يلى :

١ـ « العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى لا للالفاظ والمبانى ».

---

(١) انظر Mason V. Provident Clothing Co (1913) A.C. 724, Moris V. Saxelly (1916). I.A.C. 688, cité par A. Flanders, The system of industial relations in Great Britain, p. 45 1960.

(٢) انظر Arminjon, B.B. Nolde et M. Wolff, Traité de Droit comparé, T. II, p. 513, 518 et 519, 1950.

٢ـ « على ان الاصل فى الكلام الحقيقة ، اما اذا تعذرت الحقيقة فيصار الى المجاز » ٠

هكذا يقترب القانون العراقى من القانون المدنى السويسرى والفرنسى اللذين يبحثان ـ بشكل وآخر كما اسلفنا ـ عن القصد المشترك للاطراف المعنية مع اعتبار الارادة التى عبروا عنها بعقدهم ٠

أما بشأن تبويب العقود فى القانون المدنى العراقى ، فهو لا يقل عيبا عنه فى التقنين النابليونى ، فقد بوب المشرع العراقى بالجزء نفسه من القانون المدنى (الباب الاول من الكتاب الثانى) عقودا طبيعة كل منها تختلف عن طبيعة الآخر وهى (الشركة والبيع والهبة) ٠ ومن جهة أخرى ، يسمى الفصل الاول من الجزء الثالث تسميات مختلفة ويعالج بصورة منفصلة ثلاث صور لعقد المقاولة : عقد المقاولة بالمعنى الدقيق والاستصناع وعقد التزام المرافق العامة ٠

ولنذكر ، أخيرا ، انه يوجد الى جانب القانون المدنى فى العراق قانون العمل رقم ١ لسنة ١٩٥٨ الذى يعالج علاقات العمل بصورة أكثر تفصيلا ٠

٢ـ الفائدة العملية للبحث الحاضر

بعد ان لاحظنا الى أى مدى بقيت مسألة التفسير والتبويب الخاص لعقد العمل مشكلة فى تشريع البلدان التى تحدثنا عنها توا ، بقى علينا ان نبين الفائدة العملية لبحثنا ٠

يتعلق الامر برأينا بفائدة هامة • ولكننا لن نعنى فى هذه المقدمة الا بصورها الاكثر عموما ، مؤجلين اختبار الصور الاكثر تخصيصا الى الفصل الرابع •

يقدم بحثنا فائدة أكيدة سواء بالنسبة لتطبيق القانون المادى أو قانون الاساس ، أم بالنسبة لتطبيق قانون الاجراء •

أ ـ الفائدة بالنسبة لقانون الاساس :

يفلت عقد العمل من التبويب القانونى • ان أصالته تجعل منه عقدا ذاتيا ، عقدا ثنائيا ، على سبيل المعاوضة ، ينفذ بالتتابع ويعقد باعتبار شخصية المتعاقد ، ويصدر فى زمن واحد عن القانون الخاص والقانون العام والقانون الجماعى •

يتوقف على تكييفه ، الى حد معين ، تطبيق العديد من النصوص الواردة فى سلسلة من القوانين الخاصة ، مثالها فى سويسرا ، القانون الاتحادى حول العمل فى المصانع الصادر فى ١٨ حزيران ١٩١٤ ، والمعدل فى ٢٧ حزيران ١٩١٩ ، والقانون الاتحادى حول العمل فى المنازل الصادر فى ١٢ كانون الثانى ١٩٤٠ ، والقانون الاتحادى حول شروط تشغيل المسافرين التجاريين الصادر فى ١٣ حزيران ١٩٤١ (LEVC) • ومثالها فى فرنسا قانون العمل لعام ١٩١٠ وقانون عمال المنازل الصادر فى ٢٦ تموز ١٩٥٧ ومرسوم ٤ تشرين الاول ١٩٤٥ الذى الغى مختلف صناديق الضمان ضد مختلف مخاطر العمل وأحل محلها تنظيما موحدا هو الضمان الاجتماعى • أما فى انكلترا ، فلنذكر النصوص التى تقيد السلطة الانضباطية لصاحب العمل والنصوص التى تنظم

فرض الغرامات واستقطاع التعويضات عن الاضرار المتسببة عن التنفيذ السيء للعمل ٠ وتوجد كذلك نصوص شرعية ذات صفة اجتماعية تقيد صلاحية التنظيم لصاحب العمل كالنصوص الخاصة بعمل الاطفال والمراهقين والنساء وتلك التى تخص ساعات العمل وصحة العمال وسلامتهم ٠

(The Truck Acts, 1831 to 1940, 1 et 2 Will 4 c. 37, 50 et 51. Vict ainsi que les "particulars clauses" in s 112 of the Factories Act, 1937 et "Regulation made thereunder").

وفى العراق ، أخيرا ، قانون العمل رقم ١ لسنة ١٩٥٨ (المعدل بالقوانين رقم ٨٢ لسنة ١٩٥٨ و٧١ لسنة ١٩٥٩ ، ١٨٤ لسنة ١٩٥٩ ... الخ) ، ونظام الاحتياطات الواجب اتخاذها لحماية العمال والمستخدمين وسلامتهم من التعرض للاصابات رقم ١٣ لسنة ١٩٥٨ ٠

ولكن علينا ان نعترف بأن تطبيق قوانين الحماية العمالية التى ذكرت توا لا يتوافق بالضرورة مع تعريف عقد العمل الذى سنذكره بعدئذ ٠ ان هذه القوانين تضم فى أغلب الاحيان نصوصا من القانون العام ونصوصا من القانون الخاص ، تختلف مجالات تطبيقها ، لذا يهمنا ان نفرق هذين النوعين من النصوص ونحدد مجالات تطبيقها ٠

كشف التطور الهام الذى طرأ فى الصناعة والتجارة والنقل وغيرها من مجالات العمل ، ان قواعد عقد العمل ليست كافية لحكم روابط العمل بين أصحاب العمل والعمال ٠ وذلك أدى الى تشريع سلسلة من القوانين الخاصة سواء فى سويسرا

أو فى غيرها لغرض الاستجابة لبعض المشاغل السياسية والاجتماعية ولضمان نوع من الحماية للعمال التابعين كافة وان لم يرتبطوا بعقد العمل كالمتطوعين والمسخرين والمحتجزين والمتدربين وبعض أفراد الاسرة نفسها الذين يشتغلون فى مشاريع اقربائهم دون ابرام عقد العمل ووكلاء التأمين وبعض العمال فى المنازل .. الخ.

تدعى مجموعة هذه القوانين بـ« تشريع الحماية العمالية » أو « تنظيم العمل » ، وهى تتألف من حيث الاساس من قواعد من القانون العام وثانويا من قواعد من القانون الخاص ، وان ما يهم قانون العمل هو قبل كل شىء وجود علاقة عمل ، وتلك العلاقة تظهر اما بشكل صيغة قانونية لعقد العمل أو بشكل وضع واقعى بسيط ينشأ عن تشغيل العامل فى مشروع أو عن تنفيذ العمل بموجب عقد باطل أو قد تنشأ عن عقد غير عقد العمل .

تختلف قواعد القانون العام عن قواعد القانون الخاص بخلق رابطة قانونية تتألف اعتياديا من التزامات تقع على عاتق صاحب العمل (وأحيانا على عاتق العامل) قبل الدولة . هدف هذه الالتزامات تجنيب العمال المخاطر المتصلة بالجنس أو بالمدة أو بشروط تشغيلهم ، ويخضع تنفيذها لرقابة رسمية تطبق نصوصا بجزاءات عقابية أو ادارية للتخلف عن التنفيذ أو لسوء التنفيذ .

أما قواعد القانون الخاص أو قواعد قانون العمل فتتألف من الالتزامات المتقابلة للطرفين المتعاقدين المتوقفة على ارادتهما أو من الالتزامات المنصوص عليها فى التقنينات أو القوانين

الخاصة(١) .

ويستقر الفرق الخاص بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص أيضا فى واقع ان جميع قواعد القانون العام تميل مباشرة أو غير مباشرة الى تعيين العلاقات القانونية للاشخاص الذين لا يتعادلون فى داخل المجتمع ، بينما تميل ، بعكس ذلك ، قواعد القانون الخاص دائما الى تحديد الروابط القانونية لاشخاص متعادلين فى الحقوق . ان الطبيعة الخاصة لهذه القواعد والاخرى تستخلص من الفرق فى وظائفها .

يؤثر القانون العام بطرق شتى فى عقد العمل . انه يحرم تكوين بعض العقود ويقيد محل العقد بفرضه التزامات على صاحب العمل بالامتناع عن العمل لكى يحرم على الطرفين ادخال بعض البنود فى العقد أو تنظيم شروط العمل وفقا لمشيئتهم ، ومع أن لبعض الالتزامات بالقيام بعمل ، التى تفرض على أصحاب العمل بموجب تشريع الحماية العمالية ، صفة القانون العام ، لها كذلك فعلها على عقد العمل باكمالها قواعد القانون الخاص التى تشخص فى القوانين المدنية(٢) .

ويجمل ان نذكر ان هناك مدرستين متقابلتين حول هذا الموضوع

---

(١) انظر Richard, A.: Les rapports entre le contrat de travail et la législation protectrice du travail. (Voir Zeitschrift für Schweizerisches Recht, p. 105 a et ss. 1933.

(٢) انظر Piaget, Robert, Droit public et droit privé, Quelques aspects de leur confrontation en droit suisse (Voir Revue de droit administratif et de droit fiscal, p. 4 No. I. 1948.

مدرسة تعتقد ان حماية العمال لا تشكل نوعا من النظام القانونى الخاص ، والاخرى ترى ان على قانون حماية العمال ان يظل متميزا عن عقد العمـل وان تكون لـه طبيعته الذاتيـة ومجال تطبيقـه الخاص ووسائله القانونية الخاصة الكفيلة بتنفيذه .

توجد فى سويسرا علاقات وثيقة بين التشريع الخاص بالعمل وعقد العمل . ذلك ما يرتئيه شفاين كروبر(١) الذى كتب « فـى القانون الاتحادى مثلا ، يحتوى قانون المصانع وقانون العمل فى المنازل وقانون الإستراحات الاسبوعية عـلى نصوص تعتبر ذات صفة مزدوجة،وذلك لان تطبيقها ينشر بعض آثار القانون المدنى وبعض آثار القانون العام » . مع ذلك ، يضيف شفاين كروبر ، ان هذا التفريق يستحيل اجراؤه فـى القانون الكانتونى بشـأن الحماية العمالية ما دام لا يجوز للكانتونات تشريع نصوص مدنية (المادة ٦٤ من الدستور) .

غير اننا نلاحظ ان هذه الملاحظة ليست مطلقة طالما ان المحكمة الاتحادية(٢) ترى ان ليس هناك سبب لمنع القانون الكانتونى العام من استخدام وسائل من القانون المدنى لزيادة فاعليـة نصوصه . المحكمة تفصح عن رأيها كالآتى : « يعتبر مبالغة منـع الكانتون الذى يدخل من أجل الصالح العـام اصلاحا اجتماعيا يتفق مـع القانون الاتحادى الخاص ويزيد فى فاعليته بوسيلة من القانون

---

(١) انظر Schweingruber, Commentaire du contrat de travail selon le code fédéral des obligations, ad art. 327, 1952.

(٢) انظر ATF du 25 septembre 1947, sem. jud. p. 585, 1947.

المدنى • وعندما تأخذ مؤسسة كانتونية بالقانون المدنى الاتحادى، يجب الا تقدر شرعية الوسائل المتخذة بمعايير شكلية تماما » •

وفى فرنسا كذلك ، يجعل بعض الكتاب أمثال بول بيك الذين يفصلون فصلا تاما بين عقد العمل الصناعى والتنظيم الادارى للصناعة ، من التشريع العمالى بجملته فرعا قانونيا مستقلا يضم الحماية الشرعية للعمال وعقد العمل •

وجورج سيل من جانبه ، يقدم القواعد المختلفة المتعلقة بمنع الحوادث وتحديد مدة العمل وتثبيت الحد الادنى للاجور ومنازعات العمل والاشتراكات المهنية والتأمينات العمالية باعتبارها بمستوى عقد العمل •

اما ريشارد(١) فيلاحظ ان هذه الطريقة التركيبية موحاة لبعض الكتاب الفرنسيين من التبويب القائم فى تقنين العمل •

بعد هذا سنعالج فى هذا البحث نصوصا متعددة لها الصفة المزدوجة للقانون العام والقانون الخاص • مع هذا لن نتطرق بصراحة فى كل حالة الى التمييز بين صفاتها ، بل سنكتفى بمجرد التفريق بين عقد العمل وغيره من العقود بتقييم بعض معايير التفريق •

فى الواقع ، ان أهمية البحث فيما يتصل بالقانون الاساس لا تكمن فى تطبيق بعض القوانين الخاصة فحسب ، وانما هناك فائدة واضحة بتمييز عقد العمل عن سلسلة من العقود الاخرى وعن

---

(١) انظر op. cit. p. 116 a.

بعض العلاقات غير التعاقدية لتحديد النصوص الشرعية الواجبة التطبيق على العلاقات القانونية المعنية ٠

غالبا ما يسأل كيف تكيف العلاقة القائمة بين محام وزبونه ، وبين المحامى نفسه ومؤسسة خاصة يعمل فيها مستشارا قانونيا ، ما طبيعة الرباط بين طبيب ومريضه أو بين الطبيب نفسه ومؤسسة عامة ٠ وما هى طبيعة العلاقة بين العامل الزراعى وصاحب العمل؟ ما القول بالنسبة لعقود الفنانين من المغنين أو الممثلين أو بالنسبة للرياضيين والاساتذة والمتدربين ٠٠ الخ ٠

تبرز أهمية تفريق العقود عن بعضها أكثر من ذلك ، اذا علمنا ان عقد العمل يختلف اختلافا بسيطا أو كبيرا عن العقود الخاضعة للقانون العام بالنسبة لشروط نفاذها وتنفيذها أو انتهائها ، خاصة فى القانونين السويسرى والفرنسى ٠ سندرس هذه المسائل المختلفة فى الفصلين الثالث والرابع من رسالتنا ٠

(ب) الفائدة بالنسبة لقانون الاجراء .

تجد المنازعات المتولدة من عقد العمل حلولا سريعة ومرضية لدى قضاء خاص : محاكم العمل . وهذه المحاكم سهلة المراجعة ومؤلفة من قضاة آلفين للظروف والعادات النافذة فى مهن الاطراف المعنية ، وتطبق بدلا من الاجراء المدنى الاعتيادى اجراء أكثر بساطة وأقل كلفة ٠

ادخل هذا النوع من القضاء فى سويسرا فى عشرة كانتونات[1]، اما فى الكانتونات الاخرى فتطبق المحاكم الاعتيادية نصوص اجراء خاصة لحسم المنازعات الناشئة عن عقد العمل ٠

ان تكييف العقد لا يهم المتعاقدين وحدهم ، وانما يهم كذلك محكمة الدعوى ، ذلك لان على محاكم العمل ان تتحرى من تلقاء ذاتها عما اذا كان لها شأن بعقد العمل أو على العكس بغيره من العلاقات التعاقدية التى تخرج عن نطاق اختصاصها[2] ٠

تنظر محاكم العمل ، بموجب الفقرة (أ) من المادة الاولى من قانون جنيف بخصوص محاكم العمل الصادر فى ٣٠ آذار ١٩٦٣ ، « فى المنازعات بين أصحاب العمل والاجراء بشأن كل ما يتعلق بعلاقاتهم التى تصدر عن عقد العمل بالمعنى الوارد فى الباب العاشر من قانون الالتزامات » ٠

تؤلف محاكم العمل قضاء استثنائيا ، لذا فى حالة الشك ينبغى الاعتراف باختصاص المحاكم الاعتيادية . ان لهذه المحاكم ، فى الواقع سلطة قضائية تامة[3] ٠ غير ان القضاء قد قال « ان صفة النظام العام لقانون المحاكم الصادر فى ١٢ آذار ١٨٩٧ ونص المادة ٧٨ من قانون الاجراء المدنى يضع على عاتق المحاكم التزاما بالقيام . قبل الدخول فى أساس الدعوى ورغم الاتفاق الصريح أو الضمنى للطرفين ، بدراسة ما اذا كانت طبيعة النزاع الذى

---

(١) وهى حسب الترتيب الزمنى : كانتون جنيف ، ونيوشاتل ، وفود ، وبال فيل ، ولوسيرن ، وسولير ، وبيرن ، وزوريخ ، وسانت كال ، وآركوفى ٠

(٢) انظر Sem. Jud. 1924, p. 378.

(٣) انظر Sem. Jud. 1953, p. 274.

أخضع اليها يجعل اختصاص محاكم العمـل اجباريا . الواقع أن المحاكم الاعتيادية لا تستطيع ان تعزو لنفسها سلطة تجردت عنها بقانون دستورى ... الخ »(١) .

وفى فرنسا أيضا ، ترفع المنازعات . حصيلة تطبيق اتفاقات العمل ، أمام محاكم العمل ، وعندما لا يوجد هذا القضاء ترفع أمام محكمة الصلح التى استبدلت اليوم بمحكمة البداية فى الدائـرة الاداريـة(٢) .

وتنص الفقرة (ل) من المادة ٤ من قانون العمل الفرنسى على أن محاكم العمل قد انشئت « لانهاء ... الخلافات التى قد تقـوم بمناسبة عقد العمل أو عقد التدريـــب فى التجارة والصناعة أو الزراعة بين أرباب العمل أو ممثليهم وبين المستخدمين والعمال أو المتدربين من أحد الجنسين أو الآخر ممن يستخدمونهم » . يترتب على ذلك ان لابد من وجود عقد العمل ، دون أى اعتبار آخـر ، للاعتراف بصلاحية محكمة العمل . وان تلك الصلاحية صلاحيـة قضاء استثنائى . ان هذا النص يستثنى من صلاحية هذه المحاكم المنازعات الخاصة ببعض فئـات الاجـراء كخدم المنـــازل واجراء الدولـــة .

أما فى انكلترا فلا توجد محاكم عمل خاصة(٣) ولكنهم يلجئون

(١) انظر Sem. Jud. 1924, p. 378.

(٢) انظر L'ordonnance No. 58-1276 du 22 décember 1958.

(٣) تجب الملاحظة ان هناك مؤسسة تدعى بـ« المحكمة الصناعية » الا انهـا ليست محكمة بالمعنى القانونى ، مكلفة بحسم المنازعات ، بل هـــى ، فى الواقع ، مجلس دائم مؤلف من رئيس ومن عدد من المساعديـــن ←

من أجل تصفية المنازعات المتولدة عن روابط العمل (بما فيها عقد العمل الفردى) الى ثلاث وسائل هى : التوفيق والتحكيم الاختيارى والتحكيم الاجبارى . فضلا عن ان باستطاعة وزير العمل اللجوء فى الحالات الهامة جدا الى وسيلة رابعة تدعى ب«التحرى» أو «التحقيق» ، وفى هذه الحالة يتبع الاجراء المنصوص عليه فى «قانون التوفيق» وفى قانون «المحاكم الصناعية» .

وفى العراق ، نظرا لعدم تعميم محاكم العمل فى البلاد ، تخضع ، على العموم ، المنازعات التى تقوم بمناسبة تنفيذ عقد العمل الى المحاكم الاعتيادية أو محاكم العمل ، باستثناء المنازعات المتعلقة بتعويض الاضرار المستحقة الى العمال بسبب حوادث العمل ، اذ ترجع صلاحية النظر فيها الى عضو ادارى « مديرية العمل العامة » وتخضع لاجراء خاص مع حق مراجعة محكمة التمييز(١) .

لنعقد هذا العرض الموجز بالذكر : ان مسألة تفريق عقد العمل عن العقود الاخرى تتقلد أهمية بالغة فى جميع النظم القانونية التى مررنا بها بعجالة ، لا سيما فى القانون السويسرى والفرنسى والقانون العراقى .

(chairmen) وممثلين كذلك عن أصحاب العمل وعن العمال . باستطاعة وزير العمل ان يحيل الى هذه المؤسسة المنازعات التى رفعت اليه اذا اعتقد ان ذلك أكثر جدوى واذا وافق على هذا الاجراء الطرفان المتخاصمان ، ويستطيع الوزير أيضا الرجوع الى هذه المؤسسة لاستقاء المشورة ، الا انه ، مع ذلك ، لم يلجأ عملا الى « المحكمة الصناعية » الا فى حالات نادرة جدا .

(١) انظر المواد من ٧٣-٧٩ من قانون العمل رقم ١ لسنة ١٩٥٨ .

وان تحديد عقد العمل ليس باليسير ، دليل ذلك ما يشاهد دائما من « حوادث الحدود » بين عقد العمل ، بالمعنى الصحيح ، وبين جميع العقود الواردة على العمل كالوكالة والشركة البسيطة وعقد المقاولة التى تؤلف جميعها عقد العمل بالمعنى الواسع .

وعقد العمل لا يتميز كذلك بدقة دائما عن العقود التى محلها مال مادى كالبيع واجارة الاشياء .

ليس لبحثنا دعوى ايجاد حلول حاسمة ولا الطموح الى الكمال، ذلك لان الموضوع واسع بشكل خاص : انه يتألف أساسيا من تفحص جزء من التشريع والفقه والقضاء فى سويسرا وفرنسا مع اضافة عرض لبعض أحكام القانونين الانكليزى والعراقى ، ولكن ذلك لا يحول بيننا ، ونحن عابرون ، وبين ذكر بعض الاحكام الاخرى التى تبنتها غيرها من النظم القانونية .

سنعالج بشكل رئيس عقد العمل بالمعنى الضيق ، أى الاتفاق الذى يربط العامل بصاحب العمل ، سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا ، وبتعبير آخر « عقد العمل الفردى » .

٣ـ خطة البحث

رأينا ان قانون الالتزامات السويسرى يكرس بابه العاشر لعقد العمل بالمعنى الدقيق . وبهذا يتميز هذا العقد ، من حيث المبدأ ، عن بقية العقود التى تؤلف عقد العمل بالمعنى الواسع وعن العقود المنصبة على أشياء مادية .

يرى كول[1] « مع ان الاتفاقات التى يلتـزم بموجبها شـخص بتسليم عمل تختلف اختلافا محسوسا عن بعضها بالنسبة لمحتواها ، يمكن ، رغم هذا ، مقابلتها بعقود التخلى وبتلك التى تنقل حـق استعمال الشىء . ان هدفها المشترك ، من حيث الجوهر ، تحقيـق الخدمات لصالح الدائن (صاحب العمل ، المقاول أو الوكيل) » .

يبدو لنا ان هذا التبويب قد يكون عاما جدا وبحاجة الى جعله أكثر دقة . ان هذا ما يؤلف موضوع بحثنا وفقا للخطة التالية :

سيكون الفصل الاول مكرسا لدراسة فكرة عقد العمل . سنبدأ فيه بتقديم عرض موجز للتطور التاريخى لهذه الفكرة ، عـرض يسمح لنا باعطـاء تفسيرات لمواضيـع بعض النصوص التشريعية وبعض النظريات الفقهية . وسندرس فى الوقت نفسه تعريـف العقـد المذكور واصطلاحاته الفنية وطبيعتـه القانونيـة دون ان يفوتنا تقديم عرض للفكرة الحديثة لعلاقات العمل .

ثم نعالج فى فصل ثان بعض العناصر الجوهرية لعقد العمل . وبذلك نستنبط بعض المعايير القانونية ، تساعدنا على تفريق عقد العمل عن بقية العقود . ان هذا لا يعنى اننا نقصد اعتبار جميع هذه العناصر بمثابة معايير مطلقة للتفريق ولا استبعاد غيرها من المعايير التى سنحتج بها فى سياق بحثنا . ان فى نيتنا اللجوء الى جميع الوسائل المتيسرة مع التأكيد على المعيار الاكثر جزما بنظر الفقه السائد فى كل قضية على انفراد .

---

(1) انظر . Le droit fédéral des obligations, p. 212, 1947.

وسنبحث فى فصل ثالث الروابط القائمة بين عقد العمل وعقود أخرى محلها التزام بمنفعة مادية ، هى عقد البيع وعقد الاجارة • ذلك يقودنا الى تفحص حالات خاصة تتراكب فيها العقود على بعضها •

وبالتالى ، سنرى فى فصل رابع كيف يمكن تفريق عقد العمل عن عقود محلها نشاط انسانى آخر ، هى عقد المقاولة والوكالة وعقد الشركة وعقد التدريب • ونتبع هذه التفريقات بتفحص بعض الحالات التطبيقية •

الفصل الاول

فكرة عقـــد العمل

الفرع ١

لمحـة تاريخية

من الصعب ان نحدد زمنيا مراحل تطور فكرة عقـــد العمـل لتطورها تبعا لتطـــور التنظيم الاقتصادى والاجتماعى للمجموعة البشرية . كانت ملكية الارض ، فى المجتمع الزراعى العريـــق القدم ، جماعية وكانت محلا لاقتسام متناوب بين القبائل . كـان نظام العمل نظام التعاون المتبادل(١) .

أما بالنسبة للرق فقد استبعد كل علاقة قانونية للعمل . اذ طالما كان الرقيق مجردا مـــن الشخصية القانونية اعتبر ببساطة شيئا يتصرف به السيد المالك بحرية .

وفى روما لم يكن بالامكان، من حيث المبدأ، جعل مزاولة المهن الحرة محلا لعقد العمل ، وان كان هناك ، مع ذلك ، عمل يقدمه رجـال من الاحرار . الواقع ان القانون الرومانى خصص مكانا ، كما سنرى

---

(١) انظر Jaccard, Histoire sociale du travail, 1960, p. 24.

بعدئذ ، لاجارة الخدمات "locatio operarum" ليقابلها باجارة الاشياء "locatio operis" .

لقد بدت اجارة الخدمات بمثابة نوع من اجارة الرق التى كانت تعتبر قانونا اجارة شيء . كان السيد يؤجر قوة عمل الرقيق . هكذا ظهر لاول مرة فى القانون الرومانى مفهوم مادى للعمل . فقد اعتبر العمل وعومل باعتباره بضاعة كسائر البضائع(١) •

وتحت تأثير المسيحية التى أوصت بالمساواة بين الناس اختفى الرق تدريجيا من العهد القديم ليخلى المكان (فى صالح التغييرات الاجتماعية التى طرأت فى العصور الوسطى) الى نظام جديد ، كان نظام الاقنان صورته المخففة . كان ينبغى اذن انتظار القرن الثانى عشر لتنبثق الى النور فكرة عامة للانعتاق . وبعد ان نمت المدن وتكاملت الصناعة ولم تعد الصناعة البيتية كافية ، أعمل مبدأ تقسيم العمل وامتهن الناس بعض الحرف . فنشأت فى تلك الحقبة الزمنية الطوائف الحرفية التى ظلت مهيمنة على تنظيم العمل الى ان قامت الثورة الفرنسية ، وبظل نظام الطوائف الحرفية الجديد اختفى التنافس الحر من اقتصاد القرون الوسطى وحرم جزء هام من العمال من حقهم الطبيعى بالعمل •

لقد الغيت جماعات الطوائف الحرفية فى فرنسا فى شباط ١٧٩١ ، اذ كان مبدأ حرية العمل الذى اعلنته الثورة الفرنسية بمثابة قرار أعدام بحق الطوائف ، تمتع الفرد باعلانه بحرية العمل وفقا لمزاجه ، سواء فى بيته أم فى المشغل ، لحسابه أو لحساب الآخرين .

---

(١) انظر Rouast et Durand, Droit du travail, 2 me éd., p. 12, 1961.

كانت تلك نتائج لنظريات القانون الطبيعى فى أوجها فى القرن الثامن عشر ، تلك النظريات التى تؤكد حق الفرد ، الذى لا يجوز التنازل عنه ، بابرام عقده بحرية ، نظريات أضيفت اليها فى القرن التاسع عشر نظريات (دعه يمر ، دعه يعمل) التى قيدت تدخل القانون فى تنظيم الشؤون الى أبعد الحدود . فلم يكترث القانون بتقييد صلاحية التعاقد ولم يتدخل بين الاطراف المتعاقدة الا عند خرق القواعد القانونية الواجبة التطبيق أو عند التقصير بتنفيذ الالتزامات التعاقدية ، كان القاضى بتعبير آخر بمثابة حكم الالعاب الرياضية(١) .

واثر حلول الصناعات الكبيرة تفاقم اختلال التوازن الاقتصادى بين الاجراء والصناعيين وازداد سوءا على حساب الاولين الذين خضعوا بتطبيق مبدأ الحرية التعاقدية الى شروط عمل املاها عليهم الصناعيون الذين احتكروا وسائل الانتاج واستعملوها لتحقيق منافعهم الخاصة وحدهم ، فادى هذا الوضع الى تدخل الدولة لتقييد الحرية التعاقدية وحماية العمال الذين كانوا يمثلون الطرف الاضعف اقتصاديا فى عقد العمل .

كتب ريشارد ان تطور عقد العمل بدأ فى سويسرا فى ١٨٨١ بمعنى زيادة حقوق العمال واضعاف حرية الاتفاقات الخاصة ، حيث خضع محل العقد ، برأيه ، الى القانون وارادة الجماعات ، وخلص الى القول باننا نشهد ظهور قانون حكومى(٢) ، أدى هذا التدخل الى

---

(١) انظر Atiyah, Introduction to the law of contracts, 1961, voir l'introduction, p. 3.

(٢) انظر Richard, le contrat de travail en droit suisse. Thése de Genéve, 1913, p. 352-353.

ان تقرير شروط العمل لم يعد تقريبا يعود الى الارادة الذاتية للاطراف . وغالبا ما حلت الاتفاقات الجماعية وانظمة المشاغل والاعراف الآمرة أحيانا محل عقد العمل الفردى لتنظيم بعض آثار العمل . حتى ان تنظيمات العمل تمتد حاليا الى العمل غير التعاقدى.

لنعقد هذا العرض التاريخي الموجز بالقول ان فكرة علاقات العمل التى جهلت فى الازمان القديمة تطورت عبر القرون بمعنى فردى فى صالح أصحاب الاعمال فى بداية الامر وبمعنى جماعى فى وقت أحدث فى صالح العمال . وبلغ هذا التطور حده بحلول نظام جديد ، نظام الدولة صاحبة العمل فى الاتحاد السوفياتى حيث اختفى تقريبا مبدأ الحرية التعاقدية عمليا . أما فى الدول ذات الاقتصاد الحر ، فطالما يقوم التنظيم الاقتصادى على أساس الملكية الخاصة سيظل فيها عقد العمل العنصر الجوهرى ، يحكم شروط العمل بحرية مع مراعاة التدخل الحكومى المتزايد فى صالح العمال .

الفرع ٢

تعريف عقد العمل

ليس لتعريف المفاهيم القانونية لمجرد التعريف أو التبويب الفنى سوى أهمية ثانوية ، وعكس ذلك يقدم مثل هذا العمل فائدة بالغة الاهمية حينما يراد تعريف موضوع كامل بنص قصير ودقيق وكامل لغرض تحديد الطبيعة القانونية لبعض الروابط التعاقدية على ضوئه . لذا ينبغى لتعريف عقد ان يقتصر التعريف على اعتبار

عناصره الاصيلة دون الاهتمام بصفاته العرضية . ان العقد المعرف بهذا الشكل يمكن ادخاله بسهولة فى الاطارات القانونية التــى ثبتها القانون لتيسير تكييف العقود المسماة على اختلافها .

لنتفحص الآن تعاريف عقد العمل فى القوانين موضوع بحثنا المقــارن .

١ـ تعريف عقــد العمل فى القانون الفرنسى

أـ غياب التعريف فى التقنين المدنى :

امتنع المشرع الفرنسى عن ايراد أى تعريف لعقد العمل سواء فى القانون المدنى أو فى قانون العمــل اذا مــا استثنيت الاشارة الواردة فى الفقرة (أ) من المــادة ١٧٧٩ من القانون المدنــى : « اجارة العمال الذين يتعهدون بخدمــة شخص » ، تاركا مهمــة التعريف الى الفقه والقضاء .

يرجع هذا الامتناع ، تبعا لرأى غالبية الفقــه الفرنسى[١] الى الاسباب التالية :

---

(١) انظر
Colin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, T. 2 me éd. 8 me, No. 728, Beudant, Cours de droit civil français, T. XII, éd. 2 me, 1947 (contrats civils No. 3) R. Senellart, des contrats de louage de services passés par les médcins. Thése de Lille, 1939, p. 88. Durand et Jaussaud, Traité de droit de travail, T. ler 1947, p. 67 et J. Brochard contrat de travail, p. 293, 1960. Martini, La notion du contrat de travail, Thése de Paris, p. 292, 1912.

١ـ لم يعر الفقهاء الرومان ، الذين كانت مؤلفاتهم تعتبر المصادر الهامة للتقنين النابليونى ، أهمية خاصة الى الآثار القانونية لعقد الاجراء ، ان الممارسة الطويلة لنظام الرق تفسر ضعف الكيان القانونى لاجارة العمل •

٢ـ لم تبد دراسة الروابط القانونية بين أصحاب الاعمال والعمال عند تشريع التقنين النابليونى سنة ١٨٠٤ مجدية بسبب ضعف الطبقة العاملة فى الصناعة الكبيرة • فضلا عن ان المشرع الفرنسى كان قد فرغ توا من تشريع بعض القوانين للعمل الذى ينفذ فى المصانع والمعامل والمشاغل •

٣ـ وطغت ، من ناحية أخرى ، مصالح صاحب العمل ـ فى تلك المرحلة ـ على مصالح العمال •

٤ـ كان قد اعلن منذ عهد قريب عن المساواة فى الحقوق ، لذا لم يبد ضروريا منح العمال حماية سطحية . لقد قدر ان المبادىء العامة التى تحكم العقود كانت كافية لضمان مصالح العمال المرتبطين بعقد (اجارة الخدمات) •

ونحن نعتقد ان غياب التعريف هذا يرجع أيضا الى ان عقد العمل لا يتألف من عناصر خاصة ، أى ان عناصره تؤلف أحيانا العناصر المميزة لغيره من العقود ، كما يلاحظ ان تعاريف بقية العقود فى القانون الفرنسى ليست مرضية فى أغلب الحالات ، مثال ذلك ، ان المادة ١٥٨٢ تنص لتعريف البيع « ان البيع اتفاق يلتزم بموجبه شخص بتسليم شىء وآخر بدفع الثمن » ، يأخذ الفقه على هذا التعريف انه ليس كاملا ولا ينطوى على جميع الالتزامات

القانونية التى تنجم عن عقد العمل[1] .

ب ـ تعريف الفقه والقضاء :

ينقسم الفقه والقضاء فى فرنسا حول معنى ومجال تطبيق عقد العمل . كل كاتب يعرفه وفقا لمزاجه الخاص ، مثال ذلك يعرفه بلانيول تبعا لتعريفه فى التقنين المدنى باعتباره نوعا من عقود الاجارة انه يؤكد ان «الشىء المأجور هو قوة العمل الكامنة فى كل شخص والتى يستطيع الغير استخدامها كاستخدامه لقوة ماكنة أو قوة حصان ، ويمكن تأجيرها »[2] .

ان هذا الرأى خاطىء . ذلك لان قوة العمل لا تؤلف شيئا ماديا وبالتالى لا يمكن ان تؤجر . وبالنسبة لبودرى ولاكونترى[3] ان لعقد اجارة الاشياء وعقد العمل طبيعة واحدة . الواقع ان الاجارة بالنسبة لهما « عقد يتعهد بموجبه شخص (المؤجر) بوضع شىء أو نشاطه فى خدمة شخص آخر (المستأجر) خلال فترة معينة، مقابل ثمن معين (الاجرة . بدل اللزمة) يلتزم الاخير بدفعه الى الاول » ، ويقصدان بعقد العمل ، من جانب آخر ، عقد الشغيلة المعرف فى المادة ١٧٧٩ من القانون المدنى الفرنسى والذى يخص،

---

(١) انظر A. Zaki El Chiati, Essai sur la qualification des contrats, Thése du Caire, p. 71, 1944.

(٢) انظر Planiol, Traité élémentaire de droit civil No. 1827 T. 2, ed. 2, 1902.

(٣) انظر Baudry et Lacantinerie, Précis de droit civil Nos. 656 et 718, T. 3, 1896.

برأيهما ، العمال والمستخدمين الذين يلعبون فى العقد دور المؤجر باعتبار الشىء المأجور هو الخدمات التى يقدمونها . ويدخل الكتاب ريبر وبولونجيه(١) وكابتان وكوش(٢) فكرة للزمن فى التعريف الذى يعطونه لعقد العمل ، بينما الامر بالنسبة لغالبية المؤلفين ، الذين يهملون مع ذلك هذا العنصر ، ان العناصر الاساسية لعقد العمل هى طبيعة العمل المجهز وتعويضه وحالة تبعية العامل بالنسبة لصاحب العمل . ويعرفون عقد العمل بانه « اتفاق يتعهد بمقتضاه أحد الاطراف بانجاز أعمال مادية ذات طبيعة حرفية ، على العموم، لصالح طرف آخر وتحت اشرافه مقابل عوض » .

أما القضاء فيكتفى بتفريق عقد العمل عن العقود الشبيهة به بتطبيق معايير التعاريف آنفة الذكر .

٢ـ التعريف فى القانون السويسرى

خلافا للقانون الفرنسى يعطى قانون الالتزامات السويسرى تعريفا لعقد العمل . فقد نصت الفقرة ١ من المادة ٣١٩ على ان « عقد العمل هو اتفاق يعد بمقتضاه شخص (المستخدم) بتقديم عمله لآخر (رب العمل) لمدة محددة أو غير محددة مقابل أجر » .

فهل هذا التعريف تام ؟ وهل يحتوى على العناصر المؤلفة لعقد العمل كافة ؟ وهى الاجر ، وطبيعة العمل المجهز ، ومدة العقد . وتبعية العامل .

---

(١) انظر Ripert et Boulanger, Traité de droit civil No. 1994, T. 3, 1958.

(٢) انظر Capitan et Cuche, précis de législation industrielle, p. 148, 1936.

أخذ عليه بحق عدم ذكره لعنصر التبعية بصراحة ، ويعيبه آيش هولزر[١] كذلك عدم نصه على العمل الاضافى ووجوب التزام العامل بالاخلاص والتزام رب العمل بضمان حماية العامل . الا اننا لا نعتقد بوجوب تعداد هذه العناصر فى العقد الموضوع البحث، ذلك لانها ليست الا نتائج لتنفيذ عقد العمل ، منظمة بنصوص أخرى فى قانون الالتزامات وفى بعض القوانين الخاصة . الواقع ان التعريف لا يمكن ان يدخل فى التفاصيل دون ان يتخطى هدفه الفنى .

٣ـ التعريف فى قوانين أخرى

(أ) فى العراق ، يعرف القانون المدنى لسنة ١٩٥١ عقد العمل كالقانون السويسرى فى الفقرة ١ من المادة ٩٠٠ التى تنص على ان « عقد العمل عقد يتعهد به أحد طرفيه بان يخصص عمله لخدمة الطرف الآخر ويكون فى أدائه تحت توجيهه وادارته مقابل أجر يتعهد به الطرف الآخر . ويكون العامل أجيرا خاصا » . وأكمل هذا التعريف بالمادة ٩٠٢ التى تنص على انه « يجوز أن يبرم عقد العمل لخدمة معينة أو لمدة محددة أو غير محددة » .

خلافا لتعريف القانون السويسرى يؤكد التعريف العراقى بوضوح على عنصر التبعية « تحت توجيهه وادارته » ، ولكنه عكس ذلك ، قيدت الفقرة ١ من المادة ٩٠١ نطاق تطبيق المادة ٩٠٠ باستبعاد العمال الزراعيين والخدم بنصها ، فى الواقع ، على ان :

---

(١) انظر
Eichholzer, FJS No. 823 (contrat de travail.—Nature et forme.——obligations de l'employé), 1943.

« ١ــ القواعد التى تنظم عقد العمل لا تسرى على العلاقة ما بين المزارعين وعمال الزراعة ، بل تخضع هــذه العلاقة للقواعــد التى يقضى بها العرف ما لم يوجد نص فى القانون يقضى بغــير ذلــك ٠

٢ــ ولا تسرى على العلاقة ما بين خدمة المنازل ومخدوميهم الا القواعد المتعارف عليها فى البيئة الاجتماعية التى تؤدى فيهـــا أمثال هذه الخدمات ما لم ينص القانون على غير ذلك » ٠

يمكن ان ندرك بسهولة السبب فى عدم اخضاع هذه الفئــات من العمال الى تنظيمات عقد العمل . اذا علمنا ان العراق كان فى تاريخ نشر القانون المدنى سنة ١٩٥١ لا يزال خاضعا لسلطـــان الاقطاعية ، وكانت غالبية ممثلى الشعب فى البرلمان من الاقطاعيين (الشيوخ) والبورجوازيين ٠

(ب) وفى انكلترا : عبثا نحاول العثور فى تقنين أو نظـــام خاص على تعريف لعقد العمل . ان مهمة تعريف مثل هذا العقد قد تركت الى القضاء الذى أعطى عدة تعاريف ، نورد منها ، لغــرض التمثيل ، مثلين ، ان أحتوى أولهما على عنصــر الزمن لم يذكر ، بالعكس ، فكرة التبعية التى ادخلت ، مع ذلـــك ، فى التعريف الثانى . وهما مصوغان بالشكل التالى :

١ــ « يوجد عقد لاجارة الخدمات حينما يتعهد فرد (الخادم) بالعمل خلال مدة معينة مقابل آجر آو تعويض آخر لحســاب رب العمل (السيد) الذى يلتزم بتشغيل الخادم »[١] ٠

---

(١) انظر Arthur Curti. Manuel de droit civil et Commercial anglais, art. 454, p. 142, 1929.

٢ــ « ان عقد اجارة الخدمات هو عقد يتعهد بمقتضاه شخص (الخادم) بالاشتغال ، مقابل أجر أو تعويض مقابل ، تحت أوامر شخص آخر (رب العمل) يتعهد بتشغيله »(١) .

الفرع ٣

الاصطلاحات الفنية

أ ــ تسمية عقد العمل :

١ــ يجوز ان يكون النشاط الانسانى الذى ينطوى على تبادل الخدمات بين الناس فى القانون الفرنسى محلا لانواع عديدة من العقود. لقد سبق للقانون الرومانى ان ميز بين ال (Locatio Opérarum) (اجارة الخدمات) التى كان العامل يشغل بمقتضاها قوة عمله لصالح رب العمل الذى كان يتصرف بها وفقا لمزاجه وبين ال Locatio Opéris (اجارة العمل) حيث كان ينبغى على عامل ان ينجز عملا معينا مقابل ثمن معين بصرف النظر عن الزمن ، وقوبل هذا العقد بعقد الوكالة المجانى .

لقد احتفظ بهذا التبويب تبعا لربير وبولونجيه(٢) وأخذ به فى القانون المدنى الفرنسى . ولكن هذا التأكيد ، يبدو لنا ، مع هذا،

---

(١) انظر R.C. Shinfield, 1811, 14 East, p. 547, cité par Edouard Jenks, M.A., D.C.L. (1). Digest de droit civil anglais, traduit par Baumann et Goulé, p. 142, art. 454, 1923. o

(٢) انظر Traité de droit civil (contrats civils T. III, No. 1993).

قابل للطعن فيه ، طالما ان القانون الفرنسى جمع تحت عنـــوان (اجارة الخدمات والصناعة) (المادة ١٧٧٩) ثلاثة عقود مختلفة: عقد اجارة **الشغيلة** (gens de travail) (عقد العمل بالمعنى الدقيق)، وعقد اجارة الحوذية (عقد النقل)•وعقد المتعهدين (عقد المقاولة)• ومن جهة أخرى ، ان عقد الوكالة لا ينفذ تبعا للمـــادة ١٩٨٦ بالضرورة مجانـا •

لقد وصف عقد (اجارة الشغيلة) فى المادة ١٧٨٠ بعقـــد اجارة الخدمات ، ولكن هذه التسمية التقليدية (اجارة الخدمات) قد نقدت بحق لتقديمها العمل الانسانى كبضاعة قابلة للتأجير كما يؤجر الشىء المـــادى • ويضيف بعض الكتاب بالا يمكـن تشبيه الاعمال الانسانية بالاشـــياء المادية دون النيـــل مـــن الكرامة الانسانية(١) •

اضافة لذلك ، اننا نرى ان تسمية عقـــد العمل « باجـــارة الخدمات » لا تتفق مع طبيعة المنفعة التى يقدمها أحـــد الطرفين المتعاقدين (العامل) وهى العمل نفسه . ان قوة العمل لا يمكن ان تفصل عمن يجهزها بعكس محل التزام المؤجر (الشىء المأجور) •

الحقيقة ان المشرع الفرنسى الذى استعار تعبير « اجـــارة الخدمات » عن القانون الرومانى لم يدرك الطبيعة الخاصة لعقـــد العمل ، الا ان هذا التعبير لا يزال مع ذلك ، يستعمل فى الفقـــه والقضـــاء(٢) •

---

(١) انظر Rouast et Durand, Préces de droit du travail, p. 390, 1963.

(٢) انظر Brun et Galland, Droit du travail No. 11-1, 1958.

أما اصطلاح «عقد العمل» فحديث نسبيا ، لم يشرع باستعماله الا فى أواخر القرن التاسع عشر ، وهو نفسه قد تعرض لنقد بعض الكتاب ، لان العمل ، بالنسبة لهم ، قد يكون محلا لاتفاقات مختلفة ، لا سيما لعقد مقاولة ووكالة أو لالتزام مجانى . ذلك ما يرتئيه بلانيول الذى يقترح وصفه بعقد « اجارة العمل » • « ان الاقتصاديين بصورة خاصة ، تبعا له ، يكتنون بسبب أخذهم بوجه نظر آخر بتسميات غير مجدية أو خاطئة من الناحية القانونية » ••

« فالتعابير (عقد الاجارة أو عقد البيع) لم تعد فى القانون سوى تعابير مقبورة ان طبقت على اجارة الاشياء ، ليس هناك اكثر من اصطلاح واحد ذى قيمة علمية هو اصطلاح « اجارة العمل »(١) • ولكن هذه التسمية ليست مناسبة أيضا لتشبيهها العمل ببضاعة شأن تسمية « اجارة الخدمات » •

ان استعمال المشرع نفسه لاصطلاح « عقد العمل » يفسح المجال كذلك لبعض النقد وذلك لاستعماله اياه لتخصيص اجارة الخدمات وعقد المقاولة فى وقت واحد كما فعل ذلك فى الباب الثانى من الكتاب الاول لقانون العمل . مع ذلك ان استعمال اصطلاح « عقد العمل » لتخصيص عقد المقاولة نادر فى الواقع . انه يستخدم عموما لتخصيص ما يدعى بـ« اجارة الخدمات » . ويقابل عقد العمل بعقد المقاولة • ان المشرع نفسه يستعمله بهذا المعنى الضيق

---

(١) انظر Planiol, Traité élémentaire de droit civil No. 1823, p. 566, t. 2, em. éd., 1902.

لا سيما فى المادتين ١٩ و٢٥ من الكتاب الاول لقانون العمل(١) .

ويقول ، أخيرا ، ديران وفيتى(٢) ان اصطلاحا مشابها تقريبا لاصطلاح « عقد العمل » بالمعنى الواسع قد استعمل فى المانيا فى مؤلف البروفسور لوتمار ، ولكنهما يلاحظان ، ان اجماع الفقهاء اليوم يدين هذا الاستثناء الواسع جدا ، اذ لا يمكن ان يستخدم فى اتفاقيات متعددة نفس الاصطلاحات بمعان مختلفة .

ومهما يكن ، لقد خف الجدل اليوم ، وتم اختيار اصطلاح «عقد العمل » فى فرنسا ، وفضله المشرع وغالبية الكتاب على اصطلاح « اجارة الخدمات » ، فدخل الاصطلاحات الفنية وظهر لاول مرة فى قانون ١٨ تموز ١٩٠١ الذى يضمن عملا للاحتياط المدعوين الى قضاء مدد خدمتهم العسكرية . وأخيرا دون نهائيا فى قانون العمل بجعله عنوانا للباب الثانى من الكتاب الاول .

الحقيقة ، مع ان تعبير « عقد العمل » قليل الدقة ، يستعمل فى أغلب الاتفاقات ، وانه حاليا التعبير الوحيد الذى يستطيع وصف محل العقد (قوة العمل نفسها) بصرف النظر عن نتيجته .

(ب) وفى سويسرا ، وصف عقد العمل فى النص الفرنسى لقانون الالتزامات الاتحادى الصادر فى ١٤ حزيران ١٨٨١ (الباب الحادى عشر) باصطلاح « اجارة الخدمات » وعنون الباب الحادى والثلاثون لمشروع ٣ آذار ١٩٠٥ بالاصطلاح نفسه . الا أن مشروع الاول من حزيران ١٩٠٩ تخلى عن هذه التسمية القديمة

---

(١) انظر Rouast et Durand, op. cit. No. 306 et planiol et Ripert, op. cit. p. 7.

(٢) انظر Durand et Vitu, op. cit. No. 125.

ليختار التعبير « اجارة العمل » (الباب السابع والثلاثون) . وذلك لم يكن مستحسنا كذلك،لذا أدى تدخل لجنة لمجلس الدول الفيدرالية الى انتصار تعبير « عقد العمل » المستعمل حاليا فى القانون المدنى لسنة ١٩١١ الذى لا زال نافذ المفعول ٠

ان قانون الالتزامات الاتحادى لعام ١٨٨١ اعتبر عقد العمل (Dienstvertrag) ، خلافا للقانون المدنى الفرنسى ، بمثابة نوع خاص محدد تحديدا دقيقا بالنسبة لغيره من العقود الواردة على منفعة العمل ٠ الحقيقة ، توجد فى فكرة عقد العمل عناصر مشتركة فى جميع العقود المتصلة بالعمل (Arbeitsvertrag) وهى عقد العمل بالمعنى الدقيق (Dienstvertrag) ، وعقد المقاولة (Werkvertrag) وعقد النشر (Verlagsvertrag) ، والوكالة على سبيل التعويض (Entgeltlicher Auftrag) وعقد الايداع على سبيل التعويض (Entgeltlicher Verwahrungsauftrag) لقد وحد لوتمر هذه العقود فى الفكرة الموحدة « لعقد العمل بالمعنى الواسع » ، نعنى بذلك العقد الذى يتعهد بمقتضاه أحد الطرفين بتقديم التزام العمل مقابل التزام الطرف الآخر بدفع تعويض اليه ٠ ولكن قانون الالتزامات الجديد لا يعرف هذه الفكرة الموحدة لعقد العمل (Arbeitsvertrag) مع هذا يلاحظ فى هذا القانون وجود عدد كبير من الاحالات المتقابلة بين مختلف العقود المنتسبة للصنف نفسه (انظر الفقرة ٢ من المادة ٣١٩ و٣٢٩ و٣٦٤ فقرة ١ و٣٩٣ و٣٩٤ فقرة ٢ و٣٩٨ فقرة ١ ، على سبيل المثال) ٠

الواقع ، لقد احتفظ فى قانون الالتزامات الحالى بالاصطلاحات الفنية للقانون القديم ، ولم يستبدل تعبير الـ ''Dienstvertrag''

بتعبير الـ "Arbeitsvertrag" فى الباب العاشر للطبعة الالمانيـة . اذن يكون لاصطلاح الـ "Arbeitsvertrag" معنى واسع ومعنى ضيق . بخلاف النصوص الايطالية والفرنسية حيث ترجم التعبير "Dienstvertrag" بصورة غير دقيقة بـ "Contrat de travail" و "Contratto di lavoro" (١)

وبالمناسبة ، من الجدير ان نذكر انه ، ان كان للنصوص الالمانية والفرنسية تلك القيمة نفسها نظريا ، كان النص الالمانى ، هـو النص الحاسم دائما تقريبا عمليا فى قضايا التفسير . ذلـــك لان النص الفرنسى ترجمة للنص الالمانى .

(ج) وفى العراق ، عالج القانون النافذ قبل نشر القانـــون المدنى العراقى سنة ١٩٥١ عقد العمل وعقد المقاولة تحت اسـم عقد الاجارة . فلم تقتصر الاجارة على تأجير الاموال المنقولة وغير المنقولة وانما ضمت اجارة الانسان واجارة الحيوان (المواد ٤١١ ـ٤١٣ من المجلة) ، وفرق بين نوعين من الاجـــارة : الاجـــارة المنصبة على منافع الاشـــياء كأجارة الامـــلاك العقارية والاموال التجارية والحيوانات ومركبات النقل ، والاجارة المنصبة على العمل: كاجارة الخدم والعمال واعضاء المهن الحرة والمستصنعين (المـــادة ٤٢٢ من المجلة) . وكان من المناسب أيضا التفريق بين اجـــارة الاشخاص الذين يضعون خدماتهم تحت تصرف شخص واحـد أو عدة أشخاص كالخدم والمستخدمين وبين الاشخاص الذين يعرضـــون خدماتهم على الجمهور كالحمالين والدلالين ومتعهدى النقل .

---

(١) انظر Oser Schonenberger, Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch, Bd. V, Das obligationenrecht, 2. Teil, p. 1117, Nos. 5 à 7, 1936.

تمتعت الطائفة الاولى بحماية تماثل تقريبا حماية العمال بالمعنى القانونى الحديث ، وعكس ذلك ماثل الوضع القانونى لعمال الطائفة الثانية كثيرا الوضع القانونى للمقاولين (المادتين ٤٢٤ ٤٢٥ من المجلة) ٠

اما القانون المدنى الحالى فقد فصل عقد اجارة الاشياء عن عقد اجارة الخدمات الذى وصفه بالتعبير الحديث « عقد العمل » ٠

(د) وفى انكلترا لم تتغير الاصطلاحات القديمة ، فقد دعى عقد العمل دائما بعقد الخدمة (Contract of service) أو بعقد السيد والخادم (Contract of master and servant) أو عقد الاستخدام (Contract of employment) ٠ مع ذلك ، هناك مجال لملاحظة انه ، مع ان قانون المحاكم الصناعية "Industrial Court Act" (١) يشير الى العمال المحترفين (Workmen) والشغيلة (Workers) ، يشمل نطاق تطبيقه جميع المستخدمين (Employees) ، وكل شخص يرتبط بعقد مع صاحب عمل ، سواء كان العمل يدويا أو غير ذلك ، وسواء كان الاتفاق ضمنيا ، شفويا أو مكتوبا ، وسواء كان العقد عقد خدمات أو عقد تدريب أو عقد فردى لاداء أى عمل من الاعمال ، وسواء استخدم العمال فى خدمة خاصة أو فى مصلحة عامة ، وكيفما كانت طبيعة العمل المطلوب تنفيذه(٢) ٠

خلاصة القول ، اننا نرتئى ان اصطلاح « عقد العمل » انسب

---

(١) وهو قانون يحتوى على بعض طرق الاجراء الواجب اتباعها لتسوية منازعات العمل ٠

(٢) انظر Art. 12-2 of the Industrial Courts Act applies to the Crown, 1919, Act. s. 10.

على المستوى القانونى من اصطلاح « اجارة الخدمات » الذى يبرز للعيان بوضوح العمل العبودى ، لا سيما التعبير الانكليزى « عقد السيد والخادم » ، ومن جانب آخر ، ان تعبير الخدمات واسع جدا قد يشمل جميع محلات العقود المتصلة بالعمل ·

ب ـ تسمية أطراف عقد العمل :

لا تتناول مسألة الاصطلاحات الفنية تسمية العقد وحدها ، بل تتصل بتعيين أطرافه أيضا وذلك ما دام القانون لا يحدد سواء فى فرنسا أو فى سويسرا معنى الاصطلاحات المستعملة ، ويضع على عاتق الفقه والقضاء واجب بيان معانيها فى اللغة الدارجة ، ولعدم وجود اصطلاح شائع الاستعمال يحظى باتفاق غالبية الفقهاء·

يجب التسائل أولا ما الفائدة التى تقدمها معرفة هذه التسميات ؟ يجوز انها تكشف عن قصد الاطراف المعنية حول الطبيعة القانونية للعقد الذى شاؤا عقده . هذا وان التشريع فى أغلب البلدان يقيم فروقا مميزة بين فئات الاجراء دون ان يعطى معيارا يساعد على بيان تلك الفروق . فضلا عن ان سكوت المشرع قد يكون مقصودا أحيانا يراد به ترك العناية بتحديد المعانى الى الممارسة العملية ·

وتظهر فائدة التفريقات فى نظام علاقات العمل الفردية ، لان القوانين تخضع عمال المعامل والمستخدمين وخدم المنازل أو العمال الزراعيين الى قواعد مختلفة سواء من ناحية الاجر أو مدد الانذارات

تحت سلطة أو ادارة أو اشراف شخص آخر يسمى « رب العمل » ، يلتزم بان يدفع اليه التعويض المتفق عليه » ٠

فى الوقت الذى تعامل فيه هاتان الطائفتان من العمال بنفس الطريقة على العموم فى القانون السويسرى والفرنسى والعراقى ، يعاملهما القانون البلجيكى بطريقة مختلفة ٠ كل من هذه العقود يخضع لتنظيم مختلف منصوص عليه فى قوانين خاصة ، ان عقد العمل يحكم بقانون ١٠ آذار ١٩٠٠ (وهذا القانون لا ينطبق على الخدم ولا على المتدربين) ، ويحكم عقد العمل البحرى ، من جهة أخرى ، بقانون خاص (قانون ٥ حزيران ١٩٢٨) ، وعقد العمل فى خدمة بواخر الابحار الداخلية ، يحكم بقانون ١ نيسان ١٩٣٦٠

مقابل ذلك ، يحكم عقد الاستخدام بقانون ٧ آب ١٩٢٢ (لا ينطبق هذا القانون على مستخدمى الدولة فى المحافظات والاقضية ولا على المستخدمين الذين تتجاوز أجورهم ٧٢ ألف فرنك) ٠

وأخيرا مع ان عقد رؤساء المستخدمين يماثل عقد العمال البسطاء بطبيعته وتعريفه ، الا انه يخضع الى القانون الذى يحكم عقد الاستخدام ، باستثناء بعض الامور ، كالنصوص الخاصة بالكفالة(١) ٠

٥ــ وفى القانون الانكليزى يسمى صاحب العمل بـ« المستخدم » Employer او السيد "master" ، والعامل خادم "Servant" ، حرفى

(١) انظر Van Goethen et Geysen, Droit du travail, p. 22, 23. 54 et 129, 1950.

"Workman" أو عامـل "Worker" ومستخدم "employee" . الحقيقـة ، ان القانون العمومى لا يفرق بين العقود المبرمة فى مخزن كبير مع مدير التوظيف وبين تلك المبرمة مع بعض الباعـة أو الحمالين أو عاملات التنظيف(١) •

الفـرع ٤

الطبيعة القانونية لعقد العمل

ان تطبيق جميع النصوص القانونية المتعلقة بتنظيم العمـل يتوقف الى حد ما على معرفة الطبيعة القانونية لعقد العمل . ينبغى أولا لخوض هذا الموضوع بنجاح معرفة طبيعة الروابط التى تربط العمال باصحاب العمل بصورة أكيدة ، لا سيما فى حالة غياب وجود تعريف قانونى مقبول فى الفقه والقضاء •

يتضح من التعاريف التى مر ذكرها لعقد العمل ان كل كاتب ينظر الى طبيعة هذا العقد بمنظار خاص ، وان مختلف التشريعات تظهر التشكيلة نفسها من الاختلافات والتناقضات •

ان واقع تشبيه هذا العقد بعقد الاجارة روج الرأى القائل : ان أساس تكوين هذا العقد هو مبدأ حرية الطرفين المتعاقدين كما فى سائر الاتفاقات . يؤلف العمل بموجب هذا المفهوم الفردى الحر، الذى يبدو خاطئا بنظرنا ، قيمة . تكون محلا للاجارة ، يعتبـر

---

(١) انظر R.E. Mathews, Labor relations and the law, p. 70, 1953.

كذلك . ففى عقد المقاولة مثلا ، يدعى الطرف الذى يأمر بالعمل بـ« السيد » أو « الزبون » ، ويدعى الطرف الثانى بـ« المتعهد » أو « الاجير » ، الا انه يستعمل أحيانا اصطلاح « العامل » بدلا من اصطلاح « المتعهد » واصطلاح « رب العمل » بدلا من « السيد » والعكس بالعكس ، الامر الذى يسبب خلطا بين عقد العمل وعقد المقاولة .

ولكن الفقه والقضاء الحديثين يميلان الى استعمال اصطلاحات أكثر تطورا وأقل تعقيدا . فيقابل الاصطلاح العام « عامل » "Travailleur" الذى يعنى جميع فئات الاجراء باصطلاح « صاحب العمل » "Employeur" الذى يعنى الطرف الآخر فى عقد العمل . ويقابل اصطلاح « المتعهد » الذى يعنى العامل فى عقد المقاولة باصطلاح « معطى العمل » .

٢ـ والاصطلاحات التى تخصص طرفى عقد العمل فى سويسرا ليست دقيقة كذلك ، خاصة اصطلاحات النص الفرنسى .

ان المشرع السويسرى لم يعط على غرار زميله المشرع الفرنسى تعريفا للاصطلاحات التى يستعملها باستثناء المادة ٢ من مرسوم ٣ تشرين الاول ١٩١٩ المتعلقة بتنفيذ القانون الاتحادى حول العمل فى المصانع حيث يعرف العامل (ouvrier) بالتعابير التالية :

« يعتبر عمالا جميع الاشخاص الذين يشغلهم الصناعى فى استثماره الصناعى أو فى مواقع المصنع المتصلة بهذا الاستثمار ، ويعتبر عمال كذلك أعضاء عائلة الصناعى الذين يشتغلون فى المؤسسة دون ان يكونوا شركاء » .

لقد فرق المشرع بين عدة فئات من العمال فيما يتعلق بدورية الاجر ومدد الانذار ... الخ،غير ان اصطلاحات القانون بعيدة عن التوحيد ٠ مثال ذلك ، نجد فى المادة (34 ter.) من الدستور الاتحادى، التى تحدد صلاحية الاتحاد فى مـــادة الحماية العمالية ، التعبـير « مستخدمين أو عمال » الذى يقابـل "Arbeitnehmer" فـــى النص الالمانى و "lavoratori" فى النص الايطالى ، قد استعمل دون أى ريب بمعنى واسع (وهذا ما يستخلص من النص الالمانى على الاقـل) ، فهو ينطبق على جميع العمال بما فيهم الخدم والمتدربين ، بينما قد يفهم من النص الفرنسى المعيب ان الاتحـــاد لا يملك صلاحية الا بالنسبة لحماية المستخدمين والعمال بالمعنى الضيق لهذه الاصطلاحات وذلك خطـأ ٠

واذا ما رجعنا الى قانون العمل فى المصانع لعام ١٩١٤ وجدنـا فيه صعوبات جديدة فى التفسير ، فقد استعمل اصطلاح « العمال » بمعنى واسع فى معظم نصوص هذا القانون لا سيما فى المادة الاولى التى تبحث نطاق التطبيق ، ومع ذلك ، يعود القانون نفسه فيغير تعابيره فى المادة٢٠ ويفرق بين « مستخدمى المصانع » الذين تخضع روابطهم القانونية بالصناعى لاحكام قانون الالتزامات وحدهـــا وبين العمال الذين تخضع روابطهم القانونية بالصناعى فى الدرجة الاولى لاحكام قانون خاص ٠

وهكذا الحـــال بالنسبة لمعنى التعابـــير المستخدمة فى قانون الالتزامات حيث يلاحظ قبل كل شىء انه بالرغم من ان الاصطلاح « مستخدم » لا يعنى فى اللغة الدارجة مجموع الاجراء وانما مجرد فئة خاصة منهم ، قد استعمل فى المادة ٣١٩ بمعنى عام ، يعنـــى

ما يعنيه مكتب العمل الدولى باصطلاح العامل "travailleur" ، أى انه يعنى العامل البسيط كما يعنى العامل المزود بصلاحية ، ويعنى مدير مصرف كما يعنى المحاسب البسيط ، ويعنى خادم فى مزرعة كما يعنى عامل فى مقهى ... الخ ، وبتعبير آخر ان اصطلاح « مستخدم » المستعمل فى المادة ٣١٩ مرادف للاجير ، وهو الاصطلاح العام الذى يصف أجراء جميع الفئات .

بهذا المعنى العام تستخدم المواد الاخرى فى الباب العاشر من قانون الالتزامات اصطلاح « مستخدم » كلما استعمل هذا الاصطلاح دون اضافة ، فهو لا يخص عمال فئة خاصة كالعمال الذين يوصفون بمستخدمين فى اللغة الدارجة ، وانما يخص مجموع العمال . مثال ذلك ان المادة ٣٣٥ من قانون الالتزامات (التى تمنح المستخدم بشروط معينة حقا باجره خلال المرض) لا تنطبق على المستخدمين بالمعنى الضيق وحدهم ، وانما تنطبق على جميع العمال ، ويمكن القياس على هذا المثال بمناسبة تفسير أى مادة تقريبا من مواد الباب العاشر .

الا اننا نصادف نصوصا آخرى(١) فى قانون الالتزامات خارج الباب العاشر ، استعمل فيها الاصطلاح « مستخدم » بمعناه الضيق ، مثال ذلك المواد ٨٦٣،٨٦٢،٦٧٤،٦٧٣ التى أضيفت الى القانون بموجب تعديل ١٩٣٦ ، والمواد التى تبحث صناديق الاحسان أو

---

(١) ان معظم هذه النصوص قد الغيت أو عدلت بموجب القانون الاتحادى المتمم للنصوص المتعلقة بعقود العمل وبالاوقاف (مؤسسة صندوق احتياط لصالح العمال والمستخدمين) الصادر فى ٢١ اذار ١٩٥٨ (مجموعة القوانين والمراسيم لسنة ١٩٥٨ ص ٣٩٠) .

الاحتياط التى انشأت لصالح بعض « المستخدمين والعمال » فى شركة مساهمة أو شركة تعاونية ، ان معنى الاصطلاح « مستخدم » المستعمل فيها هو معناه فى اللغة الدارجة . أما النص الالمانى فيستعمل الاصطلاحات "Angestelte und Arbeiter" • وترجم الاصطلاح "Angestelte" فى النص الفرنسى باصطلاح «مستخدم»، بينما ترجمت اللفظة نفسها بـ«كتاب ومستخدمى المكاتب» فى الباب العاشر(١) •

بايجاز ان الاصطلاح « مستخدم » بمعناه الواسع يعنى كل شخص وعد بأداء خدماته بموجب عقد عمل ، بينما يعنى ما يعنيه معناه الضيق فى اللغة الدارجة •

هذا ودعى القضاء فى حالات خاصة الى بيان الطائفة التى ينتسب اليها بعض الاجراء . فصنف فى طائفة المستخدمين بالمعنى الضيق الموسيقى العضو فى جوقة موسيقية ومأمور المخزن لمؤسسة تجارية ورئيس العمال لمشروع عمرانى وسائق سيارة حمل لمصنع ومشغل السينما ومساعد مأمور مخزن لمذخر وسائس الخيل ومعين فى مكتب يتقاضى أجورا يومية وبائعة فى مخزن ومؤتمن على المواد والمراقب والميكانيكى ورئيس المركبين لمصنع كهربائى أو مائى والمهندس والمعمار ، ومهندس الغابات والمشرف على الاعمال ورئيس العمال ••• الخ ، وصنف فى طائفة العمال الميكانيكيين البسطاء ومركبى المكائن والسواق واليد العاملة لدى صاحب سيارات والنقارين الذين يعملون خارج المصنع فى صقل وتعديل

(١) انظر Berenstein "ouvriers, employés et domestiques", article publié dans la revue "Travail et Sécurité Sociale" de janvier 1956, p. 1 et ss., et d'iavril 1956, p. 9 et ss.

المنتوجات التى صنعها وسلمها المصنع ... الخ[1] .

وللانتهاء من الموضوع ، يلزمنا ان نبين ان العديد من القوانين الحديثة التى تأخذ بالاصلاح الذى تبنتـــه منظمة العمـل الدولية تستخدم اصطلاح « العامل » "travailleur" لتقابله باصطلاح صاحب العمل ، وهذا ما يجنب كل غموض .

واستعمل اصطلاح « عامـل » "Travailleurs" سـواء فـى بعض النصوص التشريعية التى تنشـىء قواعـد مـن القانون الخـاص (القانون الاتحادى الذى يسمح بامتداد نطاق تطبيق عقد العمل المشترك الصادر فى ٢٨ ايلول ١٩٥٦ مثلا) أم فى بعض القوانين التى تنشىء قواعد من القانون العـام (القانون الخاص بالاستراحة اليومية الصادر فى ٢٦ ايلول ١٩٣١ ، والقانون الخاص بالحد الادنى لعمر العمال الصادر فى ٢٤ حزيران ١٩٣٨ ، والقانون المتعلـق بالمكتب الاتحادى للتوفيق فى مسألة منازعات العمل الجماعية الصادر فى ١٢ شباط ١٩٤٩ ، والقانون حول خدمة الاستخدام الصادر فى ٢٢ حزيران ١٩٥١[2] ، وقانون ١٣ آذار ١٩٦٤ حول العمل فـى الصناعة والحرف والتجارة الذى سيحل قريبا محل القانون حـول العمل فى المصانع ، والقانون حول الاستراحة اليومية وقانون الحد الادنى لعمر العمال) .

ولنذكر أخيرا ، ان مشرعى تعديـل البـــاب العاشر لقانون

---

(١) انظر Emile Thilo, ouvrier ou employe? Note de doctrine et de jurisprudence, Jd T, p. 514, No. 103.

(٢) انظر A. Berenstein, article cité.

الالتزامات قد ابدلوا جميع التعابير التى تخصص المدين بالعمل بالاصطلاح الحديث « عامل » "travailleur" •

٣ـ لم تستعمل الاصطلاحات العامة « مستخدم » أو « صاحب عمل » فى تعريف عقد العمل فى القانون المدنى العراقى ، كما هو الحال فى قانون الالتزامات السويسرى . يبدو ان الشارع أراد بذلك تجنب الخلاف الفقهى أو القضائى حول معنى ومدى شمول هذه الاصطلاحات ، فاستخدم بدلا من لفظ عامل العبارة التفسيرية « يتعهد به أحد طرفيه بان يخصص عمله لخدمة الطرف الآخر ويكون فى ادائه تحت توجيهه وادارته » ، وبدلا من اصطلاح صاحب العمل يعبر كالآتى « الطرف الذى يتعهد بدفع الاجر » (المادة ٩٠٠) ، غير ان الظاهر ان اصطلاح « عامل » قد أخذ فى الفقرة الثانية من التعريف التى تنص على ان « يكون العامل اجيرا خاصا » بمعنى عام واصطلاح « أجير » بمعنى واسع ، وبمعنى ضيق حينما يراد التمييز بين الاجير الخاص والاجير العام • وبوقت أحدث ميزت المادة الاولى من قانون العمل رقم ١ لسنة ١٩٥٨ بين اصطلاحى « العامل » و« المستخدم » بنصها على ما يلى :

« يقصد بالتعابير التالية لاغراض هذا القانون المعانى المبينة ازاءها :

(أ) العامل ـ الشخص الذى يؤدى عملا لرب العمل لقاء أجر بموجب اتفاق خاص أو عام ، شفهى أو تحريرى ويكون عند ادائه تحت توجيهه أو ادارته أو على سبيل التدريب أو التجربة » •

(ب) المستخدم ـ الشخص الذى يؤدى عملا لرب العمل حسب

الشروط والاصول المنصوص عليها فى الفقرة (أ) أعلاه ويغلب فى عمله الطابع الادارى أو الفكرى ٠

والفقرة الثانية المعدلة لهذه المادة تعرف صاحب العمل كالآتى:

« ــ رب العمل ــ الشخص الحقيقى أو المعنوى الذى يتخذ من العمل الذى يزاوله حرفة أو مهنة ويستخدم العامل أو المستخدم مباشرة أو بالوساطة » ٠

غير ان الفقرة الاولى من المادة الثانية من هذا القانون تضيق نطاق الفقرة الاولى من المادة الاولى أعلاه باستبعادها من مجال تطبيق القانون سلسلة كاملة من العمال[1] ٠

---

(١) تنص على ان لا تسرى أحكام هذا القانون على الاشخاص الآتى ذكرهم :

أ ــ العمال أو المستخدمين فى الزراعة أو البستنة أو الغابات عدا المشتغلين منهم فى تشغيل الآلات الزراعية المتحركة بالقوة الميكانيكية ، أو الذين يتقاضون أجورا نقدا ٠

ب ــ خدم المنازل ومن كان فى حكمهم ٠

ج ــ أفراد أسرة رب العمل الذين يعولهم فعلا ٠

د ــ العامل أو المستخدم فى بيته لحساب رب العمل دون ان يكون تحت اشرافه ٠

هـ ــ الاشخاص الذين يشتغلون فى محلات صناعية لا تدار بآلات ميكانيكية وتستخدم عادة أقل من خمسة أشخاص

و ــ الاشخاص الذين يشتغلون فى أعمال مؤقتة أو عرضية وتشمل هذه الاعمال التى تنجز فى سبيل اصلاح أو هدم أو تغيير ما هو موجود من أدوات انتاج أو ممتلكات وما شابهها أو لغرض ←

ولنذكر ، مع ذلك ، ان المشرع العراقى يهىء حاليا مشروعا لتعديل قانون العمل ، ونحن نأمل أن ينتفع العمال فى التعديل الجديد من نظام قانونى مثيل لانظمة زملائهم العمال فى الدول الاكثر تطورا •

٤ـ يفرق القانون البلجيكى ، الصادر فى ٧ آب ١٩٢٢ والمعدل فى ١٩٢٩ ، خلافا لبعض القوانين الفرنسية والسويسرية وعلى غرار القانون العراقى لسنة ١٩٥٨ ، بين التعبيرين « عامل » و« مستخدم » بالاستناد الى معيار مشتق من التزام العمل المجهز •

« يدعى « عقد العمل » ، العقد الذى يتعهد بموجبه عامل بانجاز عمل يدوى تحت ادارة وسلطة واشراف صاحب العمل بشكل رئيس ، بينما يلتزم صاحب العمل بدفع الاجر المتفق عليه » •

« ويدعى « عقد الاستخدام » الاتفاق الثنائى الذى يلتزم بموجبه شخص يسمى « المستخدم » بانجاز عمل ذى طبيعة فكرية

اضافة أو اقامة متممات لمحلات أو مشاريع أو وسائط مختلفة أو أية اعمال لا تدخل بطبيعتها فيما يزاوله رب العمل وكذلك الاعمال الموسمية التى تتسم بالمواسم كمكابس التمور ومعامل الثلج وتنظيف الصوف وكبسه وغسله ونفشه بشرط ان تكون المدة المقتضية لانجازها لا تزيد على ستة أشهر •

ح ـ الموظفين والمستخدمين من عسكريين ومدنيين حسب قوانين الخدمة الحكومية •

ط ـ الاشخاص الذين تقتصر خدمتهم على حصة فى أرباح العمل أو نسبة مئوية من المبيعات أو العمل التجارى أو قيمة الانتاج أو بوسائل مماثلة أو بالحلوان على ان لا تقل هذه الاجرة عن الحد الادنى المقرر لامثالهم وفقا لاحكام هذا القانون •

أو الاستراحات .. وغيرها[1] .

كان يدعى العامل فى روما بالاجير "locator" فى عقد اجارة الخدمات بسبب وضعه لنفسه موضع المأجور ، ورب العمل برئيس العمل "Conductor" لقيامه بقيادة وادارة العامل . وعكس ذلك كان رب العمل يدعى فى عقد المقاولة بالاجير لانه يعهد بمهمة الى المقاول ، وهذا رئيس العمل لانه كان يدير وينجز المهمة[2] .

ومن جانب آخر ، فصل القانون الرومانى قطعا عقد العمل الذى كان يتصل بانجاز عمل عقلى عن العقد المتعلق بخدمات يدوية (عقد العمال) . وفى نهاية القرون الوسطى تبنت القارة الاوربية القانون الرومانى كنظام قانونى . لقد عثر على الادلة الاولى على التفريق القانونى ما بين العمال الذين يؤدون عملا يدويا والعمال الذين يؤدون اعمالا فكرية فى المدن الايطالية التى عاشت القرنين الحادى والثانى عشر ثم ادخلت الفروق فى الاصطلاحات القانونية وتسربت الى جميع قوانين العمل فى البلدان التى لم تكن انكلوسكسونية .

فما هى الاصطلاحات المستعملة فى البلدان التى تعنينا ؟

١ـ فى فرنسا : تستخدم لتسمية أطراف عقد العمل ، لا سيما الطرف المدين بمنفعة العمل عدة تعابير : عامل ، مستخدم ، خادم ... الخ مع تفريق بالنسبة للتنظيم الانتخابى وادارة محاكم

---

(١) تتخطى هذه المسألة نطاق بحثنا ، ونحن لا نعنى بها هنا الا لتعريف اسماء اولئك الذين يتعهدون بموجب عقد .

(٢) انظر Mazeaud, Lecons de droit civil No. 1329, T. 3 me, 1960.

العمل والاستراحات ودورية الدفع . والاعراف المتعلقة بمدد الانذارات ... الخ دون ان يعرف القانون هذه التعابير .

أما تبعا للفقه ، فيدعى بصاحب العمل ذلك الذى يشغل العمال ويملك عليهم سلطة فيما يتعلق بالادارة أو الرقابة . ويدعى من يقدم عمله بمستخدم أو أجير أو عامل .

وغالبا ما يدعى صاحب العمل ب « رب العمل » "patron" لاظهار السلطة التى يزاولها أو « رئيس المشروع » عند التفكير بوظيفته كمدير لمؤسسة بالنسبة للعمال والمستخدمين أو عند التفكير بمسؤوليته بسبب تلك الوظيفة . ويوصف بسيد عند تعلق الامر بخدم المنازل .

ويدعى العامل ب « أجير » لبيان الرابطة المالية . وكثيرا ما نستعمل لفظة « مستخدم » بمعنى ضيق لمقابلة العمال الموصوفين بتلك اللفظة بعمال المصانع "ouvriers" . ويوصف الاجراء الذين يلتزمون بخدمة منزلية « بالخدم » أو « بخدم المنازل » ، وفى هذه الحالة يدعى أصحاب العمل « بالسادة » ، ويفضل استعمال اصطلاح « الصانع » "Compagnon" لتخصيص عمال أصحاب الحرف واصطلاح « كاتب » "Commis" لتخصيص المستخدم فى التجارة(١) .

تبدو أهمية دراسة هذه الاصطلاحات خاصة عند تعلق الامر بتفريق عقد العمل عن بقية العقود التى محلها تقديم منفعة العمل

---

(١) انظر Encyclopédie Dalloz, p. 637, c. Ripert et Boulanger, Traité de droit civil No. 2011, T. III.

انعمل الانسانى بضاعة خاضعة لقانون الغرض والطلب . ان مثل هذا المفهوم يفترض امكانية الفصل بين شيئين لا يمكن الفصل بينهما : شخص الانسان والعمل الذى يجهزه هذا الشخص نفسه · يفترض ان الشخص الذى يؤجر خدماته يعمل عقدا يرد على مال خارج شخصيته ، وهذا ما لا يتفق والواقع ، ذلك لان الانسان لا يؤجر فى الواقع وقته وذكاءه ونشاطه وقوته البدنية فقط ، بل خصائصه المعنوية كذلك ، ويضع نفسه طوعا تحت سلطة شخص آخر ، هو الشخص الدائن لعمله . لا ريب فى ان الالتزام لا يفرض على العامل . انه يبدأ ويتوقف بارادته . ولكنه هل للعامل حقا حرية الاختيار ؟ العامل مقيد على العموم بتأدية نوع معين من العمل بحكم موطنه والتقاليد العائلية وتعلمه الفنى ، وينتج العقد الذى يرتبط به التزامات تقرر صورة حياته دون ان يعطيه بالمقابل سوى الحق بتعويض يؤلف المصدر الاساسى لعيشه . بناء عليه ليست حرية التعاقد هذه سوى حرية وهمية ، لا يدرك العامل بظلها الصفة الاجبارية لالتزامه ·

ان محتوى عقد العمل لا يمكن ان يتقرر بحرية خلافا لما اعتقده مشرعو القانون المدنى الفرنسى باعتبارهم هذا العقد نوعا من الاجارة · لقد فرقوا فى المادة ١٧٠٨ بين نوعين من عقود الاجارة ، عقد اجارة الاشياء وعقد العمل وعالجوا كلا العقدين تحت عنوان مشترك « عقد الاجارة » (الباب الثامن من الكتاب الثالث) ·

كان ذلك أيضا مفهوم قانون الالتزامات الاتحادى القديم لعام ١٨٨١ (النص الفرنسى) . ان هذا المفهوم الذى يرتقى الى عهد

القانون الرومانى ترك فى سويسرا عام ١٩١١ واعترف بان العقد نفسه يؤلف فئة ذاتية : فئة عقد العمل .

الحقيقة ان هذا العقد يختلف اختلافا بينا بطبيعته واهدافه عن أى من العقود التقليدية . ان العقد التقليدى من وحى فكر انفرادى ، من صنع المتعاقدين دون غيرهم ، بينما يصدر عقد العمل عن مجموعة من القوى المركبة ، يكاد يكون تحديدها مستحيلا ، وتبدو خاصة وكأنها ظاهرة اجتماعية وجماعية .

لقد اقترح بعض الفقهاء ادخال عقد العمل فى فئة خاصة من العقود دعوها بعقود الاذعان ، يجمعون فيها جميع العقود التى تقابل عقود التراضى ، ويضعون فيها العقود التى لا يتعدى قبول أحد الطرفين فيها عن كونه الرضا بشروط يفرضها الطرف الثانى كعقد النقل والتأمين .

ان العامل وهو مضطر الى عرض عمله ليعيش لا يسعه ان يناقش الشروط المفروضة عليه من قبل صاحب العمل ، بل انه يقبل العمل بقوة الاشياء أكثر مما يقبله بارادة حرة الاختيار[١] .

أما حاليا فان فكرة عقد الاذعان قد تغيرت تغييرا كليا ، بينما تبدى الاذعان سابقا بموافقة العامل اضطرارا على الشروط التى يقررها صاحب العمل . يفرض الاذعان فى يومنا على الجانبين ، ذلك لان عقود العمل المشتركة التى شاركت فى وضعها منظمات أصحاب الاعمال والنقابات العمالية والعقود النموذجية التى

---

(١) انظر G. Ripert, Les forces créatrices du droit No. 107, 1955.

تقررها السلطات العامة والانظمة القانونية ، تختصر النقاش الذى يسبق ابرام العقد ولا تسمح بأى حال لصاحب العمل ان يتعسف فى فرض شروط العمل وحده(١) ٠

يعلل تدخل القانون الجماعى وتشريع حماية العمال فى كيان عقد العمل بواقع ان آثار تنفيذه لا تقتصر على صحة وحياة ووجود العامل الذى غالبا ما يلتزم بحكم سلطان الحاجة بقبول شروط لا تناسبه فحسب ، بل لان لآثاره رد فعلها أيضا على الكيان الاقتصادى والاجتماعى والسياسى للمجتمع البشرى ، ولتأثيره بشكل مباشر كذلك على محتوى عقد العمل نفسه وقت ابرامه وعلى الحقوق والالتزامات المترتبة على تنفيذه ٠ هكذا ليس عقد العمل باى حال من الاحوال نوعا لفئة من العقود ، وانما هو عقد ذو طبيعة خاصة، تجعل منه اصالته وصفاته عقدا ذاتيا ، نفضل دعوته مع غالبية الفقه الحديث بعقد العمل ٠

من أجل ان يوصف عقد ما بـ« عقد العمل » يجب ان تتحد فيه بعض العناصر الخاصة التى ستكون موضوع البحث فى الفصل الثانى ٠ ولكنه يمكن القول لتعريفه بكلمة ان هذا العقد ، عقد ثنائى ، مأجور ، ينفذ بالتتابع ، ويبرم باعتبار شخصية المتعاقد ، ويصدر فى الوقت نفسه عن القانون الخاص والقانون العام والقانون الجماعى ٠

---

(١) انظر Brun et Galland, Droit du travail No. 11-38, 1958.

الفرع ٥

فكرة علاقة العمل

أشرنا سابقا الى انه كان يلزم مناقشة بنود عقد العمل حسب القانون المدنى الفرنسى وقانون الالتزامات السويسرى لعام ١٨٨١ بحرية بين أصحاب العمل والاجراء ، مثلما تناقش شروط أى عقد من العقود • أما اليوم فلا يؤكد على هذه الحرية وانما يؤكد على فكرة جديدة تخضع بمقتضاها روابط العمل الى النتائج القانونية التى يجب استخلاصها من الوجود الواقعى لجماعة العمل بين العمال وأصحاب الاعمال •

تتصف طبيعة هذه الفكرة التى تدعى (بفكرة علاقة العمل) بطابعها الانسانى الذى يميل الى حماية مصلحة العامل الذى يكون العنصر الاضعف اقتصاديا فى جماعة العمل • لذا تختلف علاقات العمل عن أنواع العلاقات الاخرى القائمة على حقوق والتزامات متقابلة(١) •

من الملاحظ ان تضاؤل أهمية عقد العمل باعتباره أساسا وحيدا لعلاقة العمل يرجع بشكل رئيس الى التدخل المستمر للدولة والقانون الجماعى فى تنظيم تلك العلاقة ، تدخلا أدى ، لا سيما فى القانون الفرنسى ، الى الاوضاع التالية :

١ــ لم يعد تقرير شروط العمل يتوقف تقريبا على ذاتية ارادة

---

(١) انظر Le rapport VII de la Conférence Internationale du Travail. La cessation de la Relation de travail, p. 7, 1961.

الاطراف المعنية ، بل انها من صنع القوانين والمراسيم والاتفاقات الجماعية وانظمة المشاغل ... الخ .

٢ـ لم يعد الكثير من القواعد القابلة التطبيق على روابط العمل ، قابل التطبيق على عقود القانون العام خاصة فى مجال الاهلية والاجر وحوادث العمل .

٣ـ لقد أمتد التشريع الاجتماعى حتى الى عمال لم يبرموا عقد العمل غير انهم فى وضع اقتصادى واجتماعى شبيه باوضاع الاجراء وامتد فى بعض الحالات أيضا الى أشخاص مرتبطين بغير عقد العمل (بعض الاعمال فى المنازل مثلا) .

٤ـ ينطبق قانون العمل حتى على أوضاع غير تعاقدية ، تخلقها الدولة بموجب السلطة العامة . مثالها اعمال المسخرين لتنفيذ أعمال خاصة (وهم رجال معبئون ومخصصون لخدمة مدنية) وبعض العاطلين والسجناء .

٥ـ ويلاحظ بول ديرون[١] ان قانون العمل أخذ يغزو باستمرار ميادين متعددة ويمتد الى جميع السكان عدا رؤساء المشاريع والشركاء وأعضاء المهن الحرة بسبب استقلالهم وواقع قبولهم بعض المخاطر فى أعمالهم ، ويقول ، مع ذلك ، قد تتغير أوضاع هؤلاء اذا ما استمر المشرع على تنظيم علاقات العمل دون الاكتراث بالتكييف القانونى للعقد .

ازاء هذا التطور ، اقترح جانب من الفقه ، خاصة فى المانيا ،

---

(١) انظر Dr. Soc. 15, 1952, p. 440-441, Naissance d'un droit noveau. Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle.

استبدال فكرة عقد العمل كأساس للروابط الفردية للعمل بالفكرة الهامة ، فكرة « علاقة العمل » ، وبموجبها : ان الروابط بين أصحاب العمل والعمال تصدر عن واقع تكوينهم جزءا فى جماعة العمل ، بمعنى آخر ، ان هذه الروابط تقوم بأثر دخول الاجير فى جماعة العمل ٠

ان العمل فى المشروع يجر الى حقوق والتزامات بين رئيس المشروع ومن يجهز منفعة العمل ٠ ان هذه الحقوق والالتزامات تصدر عن القانون العام والاتفاقات الجماعية وأنظمة المشاريع والمعامل ٠ ويعتبر الاجير فى المشروع عضوا فى هذه الجماعة ، مطيعا لقوانينها (اطاعة المواطن لقوانين الدولة)[1] ٠

الا انه يجب أن يلاحظ ان العلاقات بين المواطنين والدولة تنظم عموما بالقانون العام الذى يفرض عليهم التزامات ويمنحهم حقوقا متقابلة بصرف النظر عن أية رابطة تعاقدية ، بينما تظل الروابط بين العمال وأصحاب الاعمال ، من حيث المبدأ ، روابط من القانون الخاص ٠

بالاستناد الى فكرة العمل يمكن ان يفسر لماذا تنطبق بعض قواعد قانون العمل على بعض الاوضاع غير التعاقدية ، كالروابط التى عرفت فى أوقات الحرب فى فرنسا ، كسخرة عمال المشاريع الزراعية (قانون ٩ آذار ١٩٤١) وعمال بعض المشاريع الصناعية ،

---

(١) انظر Berenstein, A., Contrat de travail et relation de travail, Droit du Travail et Sécurité Social, avril 1958, p. 9 et ss. A. Rouast et p. Durand, Droit du travail No. 318, Encyclopédie Dalloz, Droit social p. 636 No. 2 Ripert et Boulanger, Traité de droit civil, T. III, No. 2010.

ووضع اليد العاملة تحت تصرف الحكومة بموجب قانوني ٤ أيلول ١٩٤٢ و١١حزيران١٩٤٣ اللذين نصا على ان«كل استخدام أو فصل يتطلب ترخيصا » • فضلا عن ان قانون ١٦ شباط ١٩٤٣ قد انشأ عملا اجباريا يفرض على بعض الذين بلغوا سنا معينة(١) •

ان العمال الذين ينفذون أعمالا قسرية لا يخضعون لقانون العمل ، بالنسبة لانعقاد وانتهاء الروابط التي تربطهم بالمشاريع، ومع ذلك ، يفيدون من مجمل النصوص التي تنطبق على الاجراء(٢) •

وهذه الفكرة لعلاقة العمل نفسها تفسر كيف ان المتدرب والعامل في المنزل وأمثالهما كحمالي الامتعة وباعة الجرائد يعاملون

---

(١) كتب راوست وديرون ــ المرجع السابق ص ٥١١ ــ بمناسبة الاعمال التي تفرضها السلطة العامة : ان « مشكلة العمل القسري عرضت بصورة خاصة في المستعمرات • لقد فرض فيها العمل القسري بالنسبة لبعض الاشغال ذات المنفعة العامة ، كالتحميل والزراعة ، اذ بدا هذا الاجراء الوسيلة الضرورية لاصلاح اوضاعها ورفع مستوى حياة سكانها الاصليين • لقد كان من الصعوبة بمكان ان يقبل السكان المحليون ابرام عقود العمل بسبب تكاسلهم وعدم اكتراثهم بالكسب وبتحقيق مستقبل أفضل • غير ان هذا التظام سبب تعسفا في تطبيقه حتى أدين من قبل مؤتمر العمل الدولي سنة ١٩٣٠ (نشر مشروع الاتفاق في فرنسا بمرسوم ١٢ آب ١٩٣٧) •

واتخذت مشكلة العمل القسري في مجرى السنوات الاخيرة صورا جديدة ، كالعمل الذي يفرض لاغراض اقتصادية أو لاخماد نشاط المعارضين الى النظام • كانت تلك اتجاهات الدول الاوتوقراطية والديمقراطيات الشعبية التي كثيرا ما أثارت منازعات في كنف الاعضاء الدولية وحملت منظمة العمل الدولية على تأليف لجنة خاصة للعمل القسري كما أبرمت اتفاقية حول العمل الاجباري في جلسة مؤتمر العمل الدولي سنة ١٩٥٧ » •

(٢) انظر R. Savatier, Cours de droit civil, T. II No. 840.

قانونا بالنسبة لكثير من الامور كأجراء المشاريع ، مع ان طبيعة العقود التى يكونون طرفا فيها ذات طبيعة تختلف عن طبيعة عقد العمل ، وتبدو غالبا مطابقة لفكرة عقد المقاولة ٠

ويمكن بهذه الفكرة لعلاقة العمل أخيرا ان يفسر لماذا يبقى عقد العمل خاضعا لقانون العمل حتى فى حالة بطلانه ٠

لقد كتب بعض الكتاب فى فرنسا بهذا الخصوص ، ان من آثار بطلان العقد ، عدم خضوع طرفيه لنصوص قانون العمل ٠ وحكم القضاء قبل قانون ١ تموز ١٩٣٨ بما معناه : ان فى حالة البطلان لا يستطيع الاجير الافادة من تشريع حوادث العمل ٠ ولكن نصا خاصا فى هذا القانون فرض حكما مغايرا ٠

فلو بنيت علاقات العمل الفردية على عقد العمل ، وهو عقد تترتب عليه منافع متتابعة ، لا يمكن زوال آثارها بأثر رجعى فى حالة البطلان ، فما هى النصوص التى يجب تطبيقها لتحكم مصير المنافع المنفذة وخاصة منفعة العمل ، وهى منافع يجب ان يحسب حسابها بالرغم من واقع هذا البطلان ؟

ينبغى الا يؤدى البطلان الى الغاء تام للعقد وآثاره الا اذا اعلن البطلان قبل القيام بأى عمل تنفيذى ، اذ لا يستطيع هذا البطلان ان يخفى روابط العمل التى قامت بالفعل ما لم يكن العقد معيبا بكونه مخالفا للآداب العامة ٠

يعترف برنشتاين(١) كذلك بفكرة علاقة العمل ٠ فمع انه يلاحظ ان لابطال هذا العقد بموجب النظرية العامة للالتزامات فى القانون السويسرى أثرا يرتقى الى زمن انعقاده ، يستند على فكرة علاقة العمل وحدها لتسويغ تعويض العمل المنجز ٠ ان هذه

---

(١) انظر المقال مار الذكر « عقد العمل وعلاقة العمل » ٠

الفكرة ، برأيه ، تعلو فى هذه الحالة على الاحكام المنظمة لعقد العمل ، لان واقع الاشتغال فى المشروع يخلق حقوقا والتزامات بصرف النظر عن نفاذ الروابط التعاقدية بين أطراف علاقة العمل • ذلك وان كان عقد العمل الذى أبرمه الطرفان باطلا سواء بحكم القانون الذى يحرم ابرامه (بموجب القانون الخاص بالحد الادنى لسن العمل مثلا) أو لان العقد الذى أبرمه القاصر لم يجزه صاحب السلطة الابوية • انه يخلق رابطة واقعية تنتج آثارا قانونية • فبالرغم من ان النظرية العامة للالتزامات تقضى بان للبطلان آثرا رجعيا يرقى الى زمن ابرام العقد المدعى به ، لا يمكن صرف النظر عن الوضع الذى قام خلال مدة (علاقة العمل) ، ويجب ان يحصل العامل الذى نفذ التزاماته المشترطة على أجره وان بدا ان القواعد العامة لقانون الالتزامات لا تسمح بمنحه ذلك الحق •

وبالنسبة للقانون السويسرى ، يذكر الكاتب ، لماذا ، واين ، وكيف أخذ المشرع فكرة علاقة العمل بنظر الاعتبار فى تشاريعه ، فيقول : ان الاعتبارات التى حملت مختلف الكتاب على الاعتراف بفكرة (علاقة العمل) حملت كذلك المشرع على تعديل القواعد التى تحكم آثار العقد بالنسبة لعقد العمل والقواعد العامة لقانون الالتزامات :

(أ) يترتب فى الواقع على نص المادة ٣٢٠ من قانون الالتزامات ان ليس ضروريا لكى يعتبر عقد العمل مبرما ان يكون هناك اعلان متبادل لارادة الاطراف المتعاقدة (المادة ١ من قانون الالتزامات) كما هو الحال بالنسبة لغيره من العقود « يفترض انعقاد عقد العمل

طالما قبل تنفيذ العمل لزمن معين ، وتقضى الظروف بالا ينبغـى تجهيز هذا العمل الا مقابل أجر » • أدخل هذا النص فى القانون لغاية حماية العامل الذى جهز عملا بموافقة صاحب العمل مـع احتمال ان صاحب العمل لم يعلن عن ارادته لابرام عقد عمل •

(ب) تنص المادة ٣٤٨ على انه اذا أمتد عقد العمل غير المحدد لاكثر من سنة ، تمددت مدد الانذار • لم يقصد المشرع بهذا النص مدة العقد المعنى الذى تلا عقودا سابقة ، وانما المدة الكلية التى كان المستخدم خلالها بخدمة صاحب العمل بصورة مستمرة •

الواقع ، ان كان النص الفرنسى يتحدث هنا عن مدة (عقـد العمل) ، فان النص الالمـانى لم يستعمل الاصطـلاح المقابـل "Dienstvertrag" وانمـا استعمل الاصطـلاح "Dienstverhaltnis" (علاقة العمل) •

وبتعبير آخر ان المستخدم الذى استخدم لاكثر من سنة لـدى نفس صاحب العمل يخضع الى نص المادة ٣٤٨ من قانون الالتزامات حتى وان تم فسخ العقد الاول خلال هذه الفترة واستعيض عنـه بعقد جديد •

(جـ) وكذلك تنص القوانين الكانتونية بشأن العطل ، عـلى العموم ، على زيادة مدة العطل تبعا لسنى الخدمة المؤداة لدى نفس صاحب العمل ، يعنى باعتبار مدة علاقة العمل ، لا باعتبار مـدة العقـد •

(د) وبالاتجاه نفسه هناك محل لتطبيق المادة ٣٣٥ من قانون

الالتزامات المتعلقة بحق العامل بالاجر فى حالة المرض · حق يقدر تبعا لمدة الخدمة ·

لنعقد هذا الفصل بملاحظة انه : رغم الاتجاه الاشتراكى القائم بأساس فكرة علاقة العمل والذى يميل الى تنظيم العمل على حساب الحرية التعاقدية ، ستستمر هذه الحرية فى لعب الدور الاول فى البلدان ذات الاقتصاد الحر فى ابرام العقد وفى تقرير شروطه وتنفيذها · وعكس ذلك تطغى الارادة الجماعية وارادة الدولة في الدول ذات الاقتصاد الموجه على الارادة الفردية ·

الفصل الثـانى

العناصر الاساسية لعقد العمل باعتبارها

معايير قانونية

بحثنا قبل قليل فكرة عقد العمل ، وبينا لغرض الاستنتاج انها فكرة تتعلق بعقد من ضرب خاص تماما ، تكمن اصالته بخصائص مميزة ، تجعل منه عقدا ذا طبيعة خاصة (Sui generis) • ولكنه بما ان قوة العمل يمكن ان تكون محلا لاتفاقات متعددة ، يكون أمر تحديد عقد العمل بمعناه القانونى الدقيق صعبا بشكل خاص • لذا يتعين علينا ، فى الفصل الحاضر ، اقامة بعض المعايير القانونية التى تسمح بتفريقه عن العقود الاخرى ، لا سيما عن العقود التى محلها التزام العمل كذلك •

سوف نعين العناصر الخاصة بعقد العمل • ان تلك العناصر ستفيدنا فى أغلب الاحيان كمعايير للتفريق • وسوف نتحرى ونبحث العناصر التى تعتبر على العموم العناصر الجوهرية أو المنشئة للعقد •

حقا ، ليست جميع هذه العناصر خاصة بعقد العمل وحده ، وانما تؤلف كذلك عناصر مميزة لغيره من العقود ، مثل عقد المقاولة والوكالة والشركة البسيطة والاجارة • لكنه يجب ، مع

ذلك ، للقول بوجود عقد العمل ان يستجيب كل منها لبعض الشروط التى سنذكرها فيما يلى :

يجب ان يقصد بـ« العناصر » أو « الصفات الجوهرية » ، العناصر الخاصة التى تشترط على العموم فى هذا العقد بصرف النظر عن وجود بعض البنود القانونية التى بمقدورها ان تغير فيه نقطة أو أخرى دون ان تمس ، مع ذلك ، طبيعته القانونية • تلك هى العناصر التى استخلصها بعض الفقهاء الفرنسيين من مختلف التعاريف[1] التى وضعوها لعقد العمل ، أو القضاء حينما كان يتعين عليه تمييز هذا العقد عن العقود المماثلة ، بتأكيده تبعا لمقتضى الحال على واحد أو أكثر من العناصر التالية : منفعة العمل ، ومدة العمل ، والاجر ، ورابطة التبعية بين العامل وصاحب العمل •

تلك العناصر ، باستثناء رابطة التبعية ، مجموعة فى الفقرة ١ من المادة ٣١٩ من قانون الالتزامات السويسرى ، التى تنص على أن عقد العمل هو « اتفاق يعد بموجبه شخص (المستخدم) بتقديم عمله لآخر (صاحب العمل) لوقت محدد أو غير محدد مقابل أجر »•

ان هذه العناصر ، التى يجب ان يضاف اليها رباط التبعية ، قد استخلصها القضاء السويسرى عندما كان يقتضى الامر تقرير وجود عقد العمل واقامة المعايير القانونية منها لتفريقه عن بقية

---

(١) انظر صحيفة ٣٦ والصفحات التالية •

العقـود(١) ٠

توجد هذه العناصر نفسها فى تعريف عقد العمل بموجـب المادة ٩٠٠ من القانون المدنى العراقى وفى بعض التعاريف التى وضعتها محاكم القانون العام فى انكلترا ٠

الا اننا لن نكتفى بهذه العناصر باعتبارها عناصر تفريق على وجه التحديد ٠ انها لا تفيد فى الغالب الا باعتبارها قرائن عـلى وجود عقد العمل ، وبعضها ، لا سيما عنصر العمل المجهز ، تؤلف غالبا عناصر جوهرية لغيره من عقود القانون العام ٠ اننـا نروم أستخدام جميع الوسائل التى تساعد على التمييز الاكثر دقة فـى مجرى بحثنا مع التأكيد على أهم المعايير خاصة اذا كان هذا المعيار أحد العناصر المميزة لعقد العمل ٠ ان لتلك العناصر فى الواقـع أهمية بالغة فى نفوس المتعاقدين ٠

عليه سنفرع هذا الفصل الى أربعة فروع لشرح كل من تلك العناصر بالتفصيل فى فرع خاص ٠

---

(١) انظر l'arret du TF du 19 décember 1947 (sem. jud. 1948, p. 2.3), les arrets de la cour de justice de Genéve (sem. jud. 1924, p. 378, 1942, p, 249 et jd T 1953, p. 273, 1948 p. 107) et l'arret de la cour mixte des prud, Hommes de Genéve (sem. jud. 1939, p. 525).

الفــرع ١

منفعــة العمـــل

ماذا يجب ان يقصد باصطلاح « العمــل » بالمعنى القانونى ؟ ان للجواب أهميته ، اذ يتوقف على تعريف هذا الاصطلاح تكييف العقد محل الدرس ، وبالتالى تطبيق قواعد قانونية تختلف تبعـا للتكييف المقرر : عقد عمل أو اجارة أو عقــد مقاولة أو شركــة بسيطة ··· الخ ·

لقد قلنا ان العمل قد اعتبر فى المفهوم القــديم شيئا قابــلا للتأجير ، وذلك أدى الى تكييف عقد العمل بـ« اجارة الخدمات » · أما فى الوقت الحاضر فلا يؤكد على هذا الرأى الذى كان كذلك رأى المدرسة الحرة الانكليزية ·

تبعا لجــورج فرايدمان[١] ، ان بعض الاقتصاديين لا يقيمــون العمل الا بقدر ما يزيد مباشرة أو غير مباشرة بكميــة الاموال · هذا يعنى انهم يتحرون عن خاصية العمل بمنفعته ، ولكن هـــذا المفهوم ، كما يقول ، قد نبذه أغلب الاقتصاديين · وذلك انه وان كانت المنفعة بلا ريب تطبع العمل الانسانى،الا ان سلوك الحيوانات الغريزى ، ممثلا ببعض ظواهر العمل ، يخلق أيضا منفعة داخــل المجموعات التى تندمج فيها · ويضيف ان المفكرين فتشوا منــذ زمن طويل عن تعريف العمل فى العلاقة الداينميكية بين الانســان

---

(١) انظر Georges Friedmann et Pierre Naville, Traité de Sociologie du travail, p. 11-12, vol. 1, 1961.

والطبيعة ، غير ان أحدا لم يحلل بحيوية أكثر من كارل ماركس علاقة الانسان بالطبيعة فى فاعلية العمل · ان العمل بجوهره ، عبر التكنيك ، هو تغيير الانسان للطبيعة التى تعمل بدورها رد فعلها على الانسان فتغيره · كتب ماركس فى رأس المال : « ان العمل هو فى المحل الاول فعل يمر بين الانسان والطبيعة، يلعب فيه الانسان بذاته قبل الطبيعة دور القوة الطبيعية . فالقوة التى وهبت لبدنه ، لذراعيه وساقيه ، لرأسه ويديه تحركه ليعمل على تغيير المواد باعطائها شكلا مفيدا لحياته ، فى الوقت نفسه الذى يعمل فيه بتلك الحركة على الطبيعة الخارجية فيعدلها ، يعدل طبيعته الخاصة ويطور القابليات السابتة فيه » ·

وأخيرا يقترح فرايدمان تعريف العمل ب« مجموعة الافعال التى يزاولها الانسان على المادة بمعونة عقله ويديه والادوات والآلات لاغراض عملية · أفعال تفعل بدورها فعلها المعاكس على الانسان فتغيره » ·

يخلص من هذا ، ان لم يعد بالامكان اعتبار قوة العمل بضاعة بسيطة بنظر بعض الاقتصاديين ، بل بالعكس تتميز قوة العمل عنها بأهدافها وبمنفعتها وبقيمة المنتوجات التى تخلقها · هكذا ماركس(١) مثلا يلفت الانظار الى وجوب التفريق بين قوة العمل وقيمة تلك القوة ، أى البضاعة ، فيقول « أريد ان الفت الانتباه الى نقطة حاسمة هى ان قيمة العمل تتحدد بكمية العمل الضرورى لصيانتها أو لانتاجها ، ولكن استعمال قوة العمل لا تتحدد الا بالطاقة العاملة والقوة البدنية للعامل · ان القيمة اليومية أو الاسبوعية

(١) انظر Travail Salarié et capital. Editions Sociales, p. 92, 1960.

لقوة العمل تختلف تماما عن المزاولة اليومية أو الاسبوعية لهـذه القوة • الامر يشبه تماما الطعام الذى يحتاجه الحصان والوقـت الذى يستطيع فيه حمل فارسه • شيئان متميزان تماما • ان كمية العمل التى تحدد قيمة قوة عمل العامل ليست بأى حال حدا لكمية العمل التى تستطيع انجازها قوة عمله » •

ويؤكد ديران وجوسو(١) ، ان مفهوما أخيرا (للعمل) ظهر فى وقت حديث ، وهو يتصف بمشاغل سياسية واجتماعية ، نما هـذا المفهوم الاجتماعى خاصة فى ايطاليا والمانيا ، وبموجبه يعتبـر العمل كظاهرة اجتماعية • اجتماعى بانجازه طالما يتطلب تعاون رأس المال والكوادر والمستخدمين والعمال ، وطالما يقوم على مبدأ تقسيم العمـل فى المشروع • اجتماعى خاصة باستهدافه ، اشباع حاجات المجموعة القومية • ان العمل وظيفة اجتماعية (تصريـح الميثاق الايطالى للعمل) • فلم يعد العمل يعتبر مجرد بضاعة ، حتى ان كلمة سوق العمل قد اختفت من الاصطلاحات الاجتماعية لانها بدت تعكس فكرة مادية •

ومهما يكن ، يجب أن يفهـم العمـل ، منظورا من الزاويـة القانونية ، بانه كل نشاط جسمانى أو عقلى • فقد يتعلق بخدمة آو عمل تجارى أو صناعى أو زراعى • ليس العمل يدويا دائما ، فقد يكون عملا اداريا أو عمل أشـراف ، عمـلا فنيا أو علميا أو أدبيـا (٢) •

---

(١) انظر Durand et Jaussaud, Traité de droit du travail, T. 1, p. 3 et ss,

(٢) انظر l'art. 361 Co Suisse, voir également Otto Lang, Commentaire du Contrat de travail selon le Code fédéral des Obligations, p. II. No. 4 et A. Schneider et H. Fick, Commentaire du Code fédéral des Obligations No. 34, p. 529, 1915.

يتكون العمل كقاعدة عامة من نشاط ايجابى • ولكنه يجوز وجود عمل أو خدمة ليس للنشاط فيه أهمية كبيرة كحراسة الاشياء والاشراف عليها أو رقابة الحوادث أو الوقوف لعرض الموديلات(١) •

تقابل هذه الاوجه المختلفة للعمل أحيانا بعض القواعد الخاصة، كالقواعد التى تنظم العقود الزراعية أو عقد الممثل التجارى وعقود البحارة والصحفيين وبوابى العمارات(٢) •

وبكلمة يمكن اداء جميع فعاليات الكائن البشرى مقابل عوض دون ان يشترط ان يكون لها أو للخدمات التى تقدمها أية منفعة أقتصادية أو منفعة مادية بالنسبة لصاحب العمل ، مثال ذلك (دروس فى الغناء أو الرقص ، خدمات اجتماعية أو دينية) •

يخلص مما تقدم ان ليس محل التزام العامل شيئا ماديا ، وانما قوة العمل التى لا يملك صاحب العمل حقا مباشرا عليها ، بل يقتصر حقه على تعويض الضرر الذى يتعرض اليه فى حالة عدم قيام العامل بتنفيذ العقد(٣) •

يرتئى الكاتبان رفيرو وسافاتيه(٤) ان شخص العامل يكون فى

---

(١) انظر • Oser - Schonenberger, Kommentaire zum schweiz zivilgesetzbuch, Bd. V, Das Obligationerecht, 2 Teil, No. 2, p. 1136, 1936.

(٢) انظر Encyclopédie Dalloz, p. 636, No. 4 et E Schweingruber, Commentaire du contrat de travail selon le Code fédéral des Obligations, p. 17, ad. lettre a., 1952.

(٣) انظر L'art. 353 Co. Suisse.

(٤) انظر Rivero et Savatier, Droit du travail 1960, p. 264.

الوقت نفسه محلا وسببا لعقد العمل . فقد كتبا « ان عقد العمل لا يرد ببساطة على بضاعة أو على شيء ، وانما يتضمن اشغال لشخص العامل » . أو كما يقول ربير « ان شخص العامل فى الحقيقة هو محل العقد في الوقت الذى يكون فيه سببا له »(١) . وهذا هو أحد الاسباب الرئيسة لاخضاع عقد العمل الى نظام من القانون العام يحمى الشخص ويختلف عن نظام العقود ذات الذمم المالية » .

لقد لاحظنا سابقا ، ان تشبيه منفعة العمل بشيء (شخص العامل) قد يؤدى الى تشبيه عقد العمل بعقد البيع أو باجارة الاشياء .

أما بشأن تعليل خضوع العقد الى قانون من النظام العام ، فليس سببه ، كما يدعى الكاتبان المذكوران ، اعتبار الانسان محلا للعقد ، وانما سببه هو واقع ان المصدر المولد لقوة العمل ، محل العقد ، كائن فى شخص الانسان وان كل ما يمس شروط وكمية العمل لا يؤثر فى صحة وحياة المتعاقد الذى يجهز العمل وحده ، بل ان له انعكاسا على حياة الملايين من الناس الذين يجدون فيه الوسيلة الوحيدة لعيشهم . فضلا عن ان عقد العمل ، بتعبير الكاتبين نفسهما « عقد اذعان ، يقرر صاحب العمل شروطه ولا يملك العامل القدرة ، فى الواقع ، على نقاشها » .

---

(١) قيل ما يلى فى Tarité de droit civil (No. 2009) de Riperter Boulanger.
« ان عقد العمل يخلق للعامل التزامات تقرر أسلوب حياته ، ويعطيه حقا بتعويض ينبغى ان يضمن معاشه . ان الرباط الالزامى الذى يتولد بين رب العمل والعامل لا يترجم بمنفعة منعزلة ، وانما بتوجيه الحياة . لذا لا يجوز اخضاع العقد الى التنافس الاقتصادى الحر . ان شخص العامل فى الحقيقة هو محل العقد فى الوقت الذى يكون فيه سببا له » .

هكذا يتضح ان فكرة العمل واسعة جدا وان اجماع الاقتصاديين وعلماء الاجتماع والفقهاء بعيد المنال فى هذا المجال • هذا ولما كانت منفعة العمل يجوز اشتراطها فى اتفاقات متعددة ، فكيف يجوز اذن اعتبارها عنصرا محددا للعقد الذى يؤلف تحديده موضوعا لبحثنا ؟

يشترط لوجود عقد العمل ان تتصف منفعة العمل بالعناصر التالية :

(أ) صفة شخصية : يجب على العامل ان يجهز قوة عمله الخاصة وينفذ التزامه بنفسه قبل صاحب العمل •

١ـ فان لم يقدم الملتزم بمنفعة العمل ، فى القانون الفرنسى، عمله الشخصى ، وقدم عمل شخص آخر ، كانت للعقد طبيعة أخرى• نكون أمام « التزام العمل » وهو عقد يتعهد بمقتضاه متعهد فرعى أو ملتزم يتوسط بين المقاول الرئيس والاجراء بان يقدم للاول عمل العمال الآخرين مقابل مبلغ قطعى » •

أما الاتفاقات المبرمة بين الاجراء لتنفيذ أشغال مقابل تعويض اجمالى يقسم بينهم فلا تتحلل الى عقد التزام العمل • ان الفقرة ٢ب من المادة ٣٠ من الكتاب الاول من قانون العمل اهتمت ببحثها • انها اتفاقات خاصة تدعى باتفاقات الفريق ، تحليلها القانونى غير مؤكد لانعدام النص الذى يحدد صفاتها • ولكن القانون يخضعها بموجب المادة ٣١ من الكتاب الاول ، شأن عقود العمل الفردية ، الى نصوص عقود العمل المشتركة(١) •

---

(١) انظر A. Brun et H. Galland. Droit du travail, 1958, p. 196.

٢ـ اما فى القانون السويسرى ، فخلافا لنص المادة ٦٨ من قانون الالتزامات التى تنص على ان «المدين غير ملزم بتنفيذ التزامه شخصيا الا اذا كان للدائن مصلحة بتنفيذه من قبل المدين نفسه» تنص المادة ٣٢٧ على « ان للالتزام المضمون من قبل العامل ، على العموم ، صفة شخصية • فلا يجوز تنفيذه بوساطة الآخرين ما لم يستخلص العكس من الاتفاق أو من ظروف العمل « • وهذه هى حالة صاحب العمل الذى يعلق على تنفيذ العمل نفسه أهمية أكبر من الاهمية التى يعلقها على مؤهلات العامل •

الواقع : غالبا ما يتم التعهد بعد اعتبار الشخصية • وهذا ما يعبر عنه روسل : « اذا ما اختير المدير X لادارة فندق والمعلم Y لتربية أطفال ، حقت المطالبة بخدمات المدير X والمعلم Y ولا تحق المطالبة بخدمات من يقوم مقامهما مطلقا » • ويضيف هذا الكاتب بان « لا جدال فى القول انه اذا لم تكن لشخصية المستأجر أهمية أو اذا احتفظ هذا لنفسه بحق الاستبدال ، لا تنطبق قاعدة المادة ٣٢٧ : وفيما عدا هذه الاستثناءآت يقع العامل أو المستخدم الذى يرفض تنفيذ العقد بشخصه تحت طائلة العقاب المقرر فى المادة ٩٧ والمواد التالية (المسؤولية فى حالة عدم التنفيذ) حتى وان قدم خدمات غيره بدلا عن خدماته»(١) •ذلك لان مسؤولية المدين تترتب فى النهاية فى ذمته عن جميع التزاماته(٢) •

---

(١) انظر Rossel, Manuel du Droit fédéral des Obligations No. 626, p. 410, 1920. Voir aussi Richard. Le contrat de travail en droit suisse. Thése de Genéve, p. 224, 1913.

(٢) انظر Von Tuhr. Partie générale du Code féderal des Obligations, premier volume, p. 40, 1929.

خلاصة القول ان ما هو على العموم قاعدة بالنسبة للعقود يكون استثناء بالنسبة لعقد العمل ٠

٣ـ وفى العراق : نصت الفقرة ١ من المادة ٩٠٩ من القانون المدنى على الصفة الشخصية للعمل بالزامها العامل « بان يؤدى العمل بنفسه ويبذل فى تأديته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد » ٠

٤ـ وكذلك فى القانون الانكليزى لا يجوز تنفيذ العمل بوساطة الآخرين فى الحالة التى يفترض فيها ان اختيار العامل قد تم بعد تقدير مواهبه ومؤهلاته الشخصية ٠ ان العنصر الشخصى لمنفعة العمل ، فى مثل هذه الظروف ، صفة جوهرية للعقد ، فلا يمكن اجبار صاحب العمل على قبول التنفيذ بوساطة الآخرين(١) ٠

(ب) صفة ارادية : اى وجوب الاتفاق بحرية على التزام العمل الواجب تنفيذه ٠

يترتب على هذا الشرط منطقيا ان حقوق والتزامات الفرد الذى تفرض عليه السلطة العامة التزاما بالقيام ببعض الاعمال لا تنجم عقليا عن عقد العمل(٢) ٠ غير اننا رأينا ان بعض العمال ينتفع بفكرة علاقة العمل وهم الذين ينفذون اعمالا مفروضة فى بعض النصوص القانونية المتعلقة بحماية العامل وفى بعض

---

(١) انظر Colins M.R. in Tolhurst V. Associated Portland Cement Mfrs. Ltd. (1902) 2 K. B. 660 at p. 669, cité par J. F. Wilson, Principles of the law of Contract, p. 338, 1957.

(٢) انظر Brun et Galland, op. cit. p. 198.

النصوص المنظمة لعقد العمل ·

(أ) مثال ذلك فى فرنسا ، ينص قانون ٣٠ تشرين الثانى ١٩٤٦ بشأن حوادث العمل على ان المحجوزين الذين ينفذون عملا عقابيا مضمونون · ان القانون لا يتطلب بحرفه ان يكون ضحية الحادث مرتبطا مع رب العمل بعقد عمل ، ويبدو انه يكتفى بحالة واقعية : ان العمل قد انجز لحساب آخر وتحت ادارته فمن الطبيعى ألا يكون غياب عقد العمل سببا لحرمان المحجوزين من الحماية · ورغم ان المسخرين والمكلفين بتأدية بعض الاعمال الخاصة لا يرتبطون مع السلطة العامة بعقود خاصة ، يحق لهم الاحتجاج بالحماية الاجتماعية طبقا لاحكام قانون ١١ تموز ١٩٣٨ ·

ويعتبر أحفاد المزارع الذين ساهموا فى الاستثمار الزراعى لحفيدهم ، بشروط معينة ، منتفعين ، بأثر رجعى ، من عقد عمل يتضمن نصا غير اعتيادى ، هو تأجيل دفع الاجر الى ما بعد وفاة المستثمر (المواد ٦٣ ، ٧٣ من المرسوم بقانون الصادر فى ٢٩ تموز ١٩٣٩) ·

وأخيرا ، ان قانون ١١ تشرين الاول ومرسوم ٢ شباط ١٩٤٥ يلزم العاطلين بتنفيذ العمل الذى يعرض عليهم ، ان شاءوا الافادة من مخصصات البطالة · يبدو فى هذه الاحوال ، ان التزام العمل ينفذ قسرا وبالتالى ينبغى ألا يفيد العامل اذا ما أصيب بحادث من النصوص الشرعية المتعلقة بحماية العامل المرتبط بعقد العمل ، غير ان محكمة النقض الفرنسية اعترفت بقرار أصدرته فى ٥ تشرين الثانى ١٩٤٦ (Gaz. pal. 1947. 1. 52) بوجود عقد العمل ،

ببيانها أن العامل قد أظهر موافقته على تنفيذ العمل المفروض مقابل الاغاثة الممنوحة اليه • ولكن الملاحظ ان تلك الموافقة لا تصدر ولا ريب عن العامل ، فى الحالات المماثلة ، باستقلال تام[١] •

(ب) وتقضى الطبيعة الاتفاقية لعقد العمل فى القانون السويسرى كذلك ، أن ينفذ العمل بشرط ألا يكون منفذه مضطرا على التنفيذ بموجب التزامات يفرضها القانون العام ، بل لانه قد وافق على التنفيذ • فالمحجوز حينما يشتغل ويتسلم العوض لا يعتبر عاملا أجيرا للموقف الذى احتجز فيه ، والجندى الذى يؤدى خدمة عسكرية لا يلتزم بادائها بموجب عقد العمل • وهكذا بالنسبة لاعمال الاعضاء فى المكاتب الانتخابية أو السخرة المحلية (ATF 30, II, p. 570)[٢] •

(ج) أداء التزام العمل خارج نطاق الوظيفة العامة •

هذا هو الشرط الثالث الذى يجب توفره لكى يصف التزام العمل ، المطلوب تجهيزه ، عقد العمل •

(١) ففى فرنسا ، يختلف المركز القانونى للموظفين ، من حيث المبدأ ، اختلافا بينا عن مركز العمال الذين ينجزون أعمالا فى

---

(١) انظر Paul d,Aubert, le Contrat de Salaire différé, Thése, Rennes, p. 16 et ss. et p. 44 et ss., 1942, Brun et Galland, op. cit. Nos. 11-14, p. 198.

(٢) انظر Schneider et Fick, op. cit. Nos. 41, 42, 43, p. 569. Voir également Oser-Schonenberger, op. cit. p. 1138.

المشاريع الصناعية أو التجارية • انهم يخضعون الى قوانين ومراسيم وقرارات خاصة أو الى تعليمات السلطات المختصة ولا يخضعون الى قانون العمل حتى وان كانت وظائفهم شبيهة بوظائف العمال المدنيين • ولكنه أخذ يحدث ، بين آونة وأخرى ، تقارب بين مركز الاجراء ومركز الموظفين •

فى الحقيقة ، يجوز ابرام عقد العمل فى جميع المهن ، ولكن فكرة « الوظيفة العامة » ، وليست فكرة عقد العمل ، هى التى تحدد حالة الموظفين •

ان المادة الاولى من قانون ١٩ تشرين الاول ١٩٤٦ حول نظام الموظفين اعترفت بأخذها بالتعريف التقليدى لقضاء مجلس الدولة بصفة الموظف بالنسبة للوكلاء المعهود اليهم « وظيفة دائمة ولها عنوان بدرجة فى سلم درجات الملاك لادارة مركزية تابعة للدولة أو مؤسساتها العامة أو احدى مصالحها الخارجية » •

وقانون ٢٨ نيسان ١٩٥٢ يضع ، من جانبه ، نظاما خاصا لوكلاء الولايات أو مؤسسات الولايات أو المؤسسات المشتركة بين الولايات ، من أصحاب الوظائف الدائمة بوقت تام •

فالثبات ، الصفة الجوهرية الاولى للموظف ، بموجب هذه التعاريف القانونية ، يؤدى الى استبعاد الاشخاص المشغلين لدى الادارة بصفة مؤقتة (العملاء والوكلاء المكلفين بالقيام بوظائف مؤقتة •• الخ) • ويحرم كذلك من صفة الموظف ، مستخدمى وعمال الادارة المكلفين بالاشتغال بعقد •

قد يشكل الامر حين يراد تقرير ما اذا كان شخص ما يعتبر

وكيلا اداريا أو لا يعتبر كذلك • الحل : لما كان من الضرورى أن يرتبط الموظف بشخص من القانون العام ، يجب التحرى قبل كل شيء عما اذا كان العضو الذى ينتسب اليه المعنى شخصا من القانون العام ، أم شخصا من القانون الخاص • فى الحالـــة الاخيرة يجـب استبعاد صفة الموظف العمومى •

اما الاشخاص المرتبطون بالادارة بعقد من القانون الخاص ، فهم أولئك الذين يمارسون نشاطهم لحساب الادارة العامة فـــى ظروف شبيهة بظروف الاجراء فى المشاريع الخاصة دون ان يكونوا موظفين • انهم يخضعون من حيث المبدأ الى القواعد التى تحـــكم عقد العمل (CE 30 avril 1946 JCP. 1946, IV, 97)مثال ذلك حالة فنــان يغنى قصائد شعرية على مسرح تمثيلى عائد لبلدية ، استخدمه لذلك مدير المسرح •

غير ان التعصب الجامد فى الفصل الكلاسيكى بين الموظفـــين والاجراء أخذ يميل الى الليونة • ان الموظفين الفرنسيين يفيدون من حق التنظيم النقابى وحـــق الاضـراب والضمـان الاجتماعى (مرسوم ٣١ أيلول ١٩٤٦) ، وساهمت التأميمات كذلك بدرجـة كبيرة فى سبيل هذا التقارب • صحيح أن عمال ومستخدمى المشاريع المؤممة لا يعتمدون على الدولة مباشرة ، وانمـــا يعتمدون عـــلى المؤسسات العامة المستقلة ، غير انه لا يمكن انكار أن هؤلاء العمال والمستخدمين يضمنون سير الاعمال فى مصالح عامة وان كان نظامها

القانونى يصدر عن القانون الخاص[1] .

(٢) وفى سويسرا : قضت المحكمة الاتحادية بأن : « المستخدمين والموظفين العموميين لا يخضعون الا للقانون العام الاتحادى أو الكانتونى » (ATF 39, II, 674, 41, II, 175) .

ولكن مارتان[2] يعارض بحق هذا التقييد ويرى أن تنظيم الروابط القائمة بين الدولة والموظفين لا يقتصر على قواعد القانون العام . وان للموظفين حق اقامة الدعوى ضد الدولة لدفع رواتبهم بالاستناد الى أحكام القانون الخاص .

ويقول شفاين كروبر[3] ، من جانبه « لا يجوز اقامة الدعوى على الادارة العامة أمام القاضى المدنى فى حالة النزاع بين الموظف والحكومة ويجب اتباع الطريق الادارى ، الا أن بعض النصوص الخاصة ، التى كانت فى السابق أكثر منها فى الحاضر ، تسمح بعرض النزاع المتعلق برواتب الموظفين أمام المحاكم المدنية . ذلك لأسباب عملية ، لكى تصدر القرارات عن حاكم غير منحاز . ولكن هذا لا يمنع من ان تحتفظ القضية بصفة كونها من قضايا القانون

---

(١) انظر Brun et Galland, op. cit. p. 200-203 وانظر حول موضوع التقارب بين وضع الاجراء والموظفين ديرون ـ مولد قانون العمل Dr. Soc. 1952, p. 439 ورفيرو وسافاتيه ، قانون العمل ، ١٩٦٠ ، ص ٢٧٩ .

(٢) انظر Martin, Le Code des Obligations. Des Contrats de droit civil, 1922, p. 224.

(٣) انظر Schweingruber, Commentaire du contrat de travail selon le Code fédéral des Obligations, 1952, p. 113-114.

العام · ويؤكد هذا الكاتب كذلك على أن المراسيم وأنظمة الخدمة وبعض التعليمات التى تطبق على الموظفين وتقوم على أساس من القانون العام تحيل الى بعض قواعد قانون الالتزامات (مثالها احالة المادة ٣٣٥ الى المادة ٣٤٢) أو الى النصوص الخاصة بصدد الفسخ ، الا ان هذه الاحالة غير كافية للاعتراف بوجود عقد عمل قائم على أساس من القانون الخاص ، اذ قد يتعلق الامر رغم ذلك بخدمة يحكمها القانون العام · ذلك يعود الى واقع ان المشرع قد يعلن وهو مقود باسباب معقولة تطبيق قانون الالتزامات من باب القياس بدلا من قيامه بتشريع نصوص خاصة · وبالعكس تبعا للكاتب نفسه ، نجد أنفسنا أحيانا أمام روابط عمل تقوم على عقد مطابق لقانون الالتزامات ولكنها تنص صراحة على تطبيق بعض نصوص القانون العام (كبعض النصوص الانضباطية) ·

وأخيرا يلاحظ أوتولون(١) أن للدولة والولاية صلاحية وضع قواعد لانظمة موظفيها ومستخدميها بالخروج على قانون الالتزامات، مثالها ، تثبيت شروط مغايرة للفسخ أو لدفع الاجور · ولكنه ما دام القانون العام لم ينص على شيء ، يمكن تطبيق نصوص قانون الالتزامات قياسا ، مثال ذلك « نظام عمل عمال الادارة » المشرع من قبل المجلس العام لزوريخ فى ٢٥ مايس ١٩٠٨ و« نظام خدمة الموظفين والمستخدمين فى المستشفيات وأماكن الحجز الكانتونية فى زوريخ الصادر فى ٢٧ أيلول ١٩٠٦ » ·

ويضيف « وحينما لا تكون شروط الخدمة منظمة بالقانون العام، تكون للدولة والولاية الصفة القانونية لصاحب العمل بمعنى قانون

---

(١) انظر Otto Lang, op. cit. p. 76.

الالتزامات الذى يخضعان اليه حينذاك دون تحفظ • مثال ذلك النساء اللواتى يشتغلن بأجور يومية لتنظيف بناية ادارية » •

وللختام يجدر ان نبين باختصار متى توجد وظيفة عامة ومتى يوجد عقد العمل •

يمكن الاعتراف مع شفاين كروبر(١) بوجود وظيفة عامة كلما كانت شروط عمل المستخدمين والموظفين محكومة بالقانون العام للاتحاد والكانتونات والولايات أو غيرها من مؤسسات القانون العام • وعندئذ تصدر حقوق والتزامات الاشخاص العموميين العاملين بمثابة أصحاب عمل عن القوانين والانظمة والقرارات والمراسيم وعن تعليمات السلطات المختصة أيضا •

وبالعكس نكون أمام عقد العمل ، كلما كان هناك تعهد لشخص معنوى من القانون العام بموجب قواعد من القانون الخاص(٢) •

---

(١) انظر Schweingruber, op. cit. p. 113-114.

(٢) انظر أيضا لدراسة مشكلة التفريق بين الوظيفة العامة وعقد العمل بتفصيل أكثر :

Jean Lamarque - La situation du personnel non fonctionnaire de l'Etat. Dr Soc. 1963 p. 406 et ss. Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs (L.G.D.J. 1960. 2e partie. Le personnel non fonctionnaire de l'administration p. 225 à 364), D. Ruzic, Agents des personnes publiques et agents des personnes privées, L.G.D.J. 1960.

الفـرع ٢

تعويض العمـــل

أن عقد العمل بالطبيعة عقد على سبيل المعاوضة ، يؤلف الاجر فيه (أو غيره من وسائــل التعويض) الالتزام المقابل لصاحب العمل • وبتعبير آخر ، يكون الاجر الثمن الـذى يلتزم صاحب العمل بدفعه الى العامل بدلا عن عمله •

(أ) آن لاصطلاح « الاجر فى القانون الفرنسى » معنى عاما يضم مختلف مكافآت العمل ، ويستخدم فيه أيضا غيره من التعابير تبعا للفئات الاجتماعية : كـ "gages" بالنسبة للخدم و "cachets" للفنانين و "appointments" للمستخدمين و "honoraires" للمهن الحرة[1] •

لقد طرأت على مفهوم الاجر تغييرات هامة • فبينما لم يكـن

---

(١) أما الاصطلاح « الاجر الجماعى » فيعنى الاجر الذى يدفع اجمالا الى فريق من العمال « ويجوز اجراء التوزيع بين جميع عمال الفريق بطــرق مختلفة • فتارة يقرر رب العمل بنفسه الحصة التى تعود لكل فرد من المبلغ الاجمالى المخصص للعمل الذى ينفذ بالاجماع • وهذه الحصة تشمل غالبا اجرا يقدر بحسب الزمن بالنسبة للاعضاء التابعين واجرا بحسب القطع بالنسبة للرؤساء وكبار عمال الفريق • وتارة يتــرك صاحب العمل الى العمال مهمة توزيع المبلغ الاجمالى بينهم بالتراضــى تبعا للطريقة التى يروق لهم اختيارها ، وعندئذ نكون أمـام العمـل التعاونى للانتاج الذى يجب عدم الخلط بينه وبين التعاون فى الانتاج بالمعنى الدقيق حيث لا يوجد رئيس للصناعة ولا أجير بل محض جمعية بسيطة » • انظر :

A. Martini, La notion de contrat de travail. Thése, Paris 1912. p. 123.

الاجر قديما سوى ثمن العمل باعتباره بضاعة ، ينظر اليوم اليه ، وان توقف دائما على مدة العمل ونوعية الخدمات ، من زاوية أخرى، هى زاوية أهدافه حيث يهىء لدائنه الوسائل اللازمة لمواجهة حاجاته وحاجات عائلته[1] ·

ان الصفة المعاشية للاجر وحقيقة كونه أحد العناصر الجوهرية لعقد العمل حملت المشرع الفرنسى على أن يجعل منه محلا لتنظيم هام يتعلق بتحديده وكيفية دفعه وحمايته · ولكنه ، رغم هذا ، يحدد الاطراف بحرية المقدار أو الانواع التى يمكن ان يتخذها بشرط مراعاة النصوص الآمرة للنظام العام والقانون الجماعى ·

يتألف الاجر على العموم من مبلغ من النقود . ولكنه قد يتألف من منافع عينية كالاطعام والاسكان والتدفئة والانارة والكساء دون ان تؤثر طبيعة الدفعة على تكييف العقد ، ويستوى فى ذلك دفع بعض الاجر نقدا وبعضه عينا أو اعطاء العامل حصة فى الارباح أو أية منفعة أخرى (سهم ، تموين ، منحة ، حصة فى أرباح الشركة ، عمولة على الصفقات ، مرتب تقاعدى ، أومعاش ، تثقيف ، أو تعليم تكميلى ، ضمان اجتماعى ، حلوان ، تخفيض فى سعر البضائع أو النقل أو امتيازات معينة ··· الخ)[2] ·

بعد ما قيل ، يجب التساؤل عن طريقة دفع الاجر ، أيدفع بنسبة الوقت المكرس لانجاز العمل أم تبعا لنوعيته ؟ يتمتع الطرفان

---

(١) انظر Brun et Galland, op. cit. p. 206.

(٢) انظر Sur les accessoires du salaire l'article écrit par R. Robert - Duvilliers, La Semaine Juridique 22, 1948, No. 676.

بهذا الشأن بحرية تامة ، وتنفذ جميع الشروط المتعلقة بطرق تعويض العمل ٠

ان المشرع الفرنسى فى عام ١٨٠٤ ، مثله مثل مشرع ١٨٨٢ الذى نص على أمتياز لصالح بعض عمال ومستخدمى المكاتب التجارية فى مادة الافلاس (الفقرة ٤ من المادة ٢١٠١) لم يفرق بين الاجراء تبعا لطريقة التعويض(١) ٠

يجوز تثبيت الاجور بسبب مدة العمل (الاجر بحسب الزمن) أو بسبب كمية العمل التى يتطلبها شغل معين (الاجر بحسب القطع) ٠ والتوفيق بين هذين الشكلين يؤلف الاجر بالمقطوع ٠ وهناك شكل جديد لدفع الاجور ، متبع فى بعض المشاريع ، هو الاجر النسبى الذى يحتسب تبعا للصفقات التجارية(٢) ، سواء تقاضى العامل أجره سنويا أو شهريا أو يوميا وسواء قدر أجره بنسبة الزمن (دون اعتبار للنتيجة) ، أو حسب القطعة (تبعا للعمل المتحقق)، أو بالمقطوع (ان هذه الطريقة الاخيرة مزيج من الطريقتين السالفتين، اذ يجب على العامل ان ينجز عملا معينا خلال زمن معين) ٠

يخلص من ذلك ان طريقة التعويض لا تعتبر صفة جوهرية

---

(١) انظر A. Martini, op cit. p. 171-172.

(٢) انظر

Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, par Marcel Planiol, T. XI, 2e. éd. 1954, p. 54 Voir dans le même sent A. Martini op. cit. p. 251.

لعقد العمل ، وذلك مع ان بلانيول أكد ذلك (T. II, 8e éd. Nos. 1831, 1838, 1899)[١] ٠

ويلاحظ أخيرا ، ان ليس لمقدار التعويض أيضا من أثر على تكييف العقد ٠ فمدير الشركة الذى يتقاضى أجرا مرتفعا جدا يرتبط بعقد عمل شأنه فى ذلك شأن العامل البسيط الذى يتقاضى الحد الادنى للاجور المقررة قانونا[٢] ٠

ولكنه ان كانت طبيعة التعويض أو طريقته لا تؤثر فى الطبيعة القانونية لعقد العمل ، لا نكون ، عكس ذلك ، فى حالة عدم وجود الاجرة أمام عقد العمل ، وانما أمام مجرد التزام بعمل مجانى لا يخضع لتنظيم العمل[٣] ٠

وبخصوص هذا الموضوع ، نعتقد ان من المفيد ذكر ما كتبه برن وكالان[٤] : « يعتبر الاجر مدروسا من الزاوية القانونية عنصرا أساسيا لا وجود لعقد العمل بدونه (وبالعكس قد يوجد هذا العقد فى حالات استثنائية محدودة دون الالتزام باداء منفعة العمل) » ٠

---

(١) انظر Raymond Senellart. Des Contrats de louage de services Passés par les médecins. Thése, Lille, 1939, p. 75, 126, 127, 129. Voir également Rivero et Savatier, op. cit. p. 262. Rouast et Durand, op. cit. p. 393.

(٢) انظر Brun et Galland; op. cit. p. 209.

(٣) انظر Planiol et Ripert op. cit. No. 767.

(٤) انظر Même ouvrage, p. 208 No. 11-11.

يترتب على هذا التأكيد ان مد يد المعونة المجانى لا يؤلف عقد عمل[١] • الا ان ديرون يعترض على هذا الحل ويقدر انه يجوز ان يولد عقد عمل • فضلا عن ان المشرع نفسه قد قضى بهذا المعنى فيما يتعلق بتنظيم حوادث العمل فى الزراعة[٢] •

---

(١) Sont du même avis Ripert et Boulanger. Traité de droit civil, T. III, 1958, No. 2014. Baudry, Lacantinerie et Wahl, Voir A. Martini, op. cit. p. 109. Rouast et Durand, op. cit. p. 401.

(٢) يقول Boitard (Les Contrats de service gratuits, Thése, Paris 1941) بهذا الخصوص « وبالعكس أرادت السلطة العامة ، حينما قررت تطبيق تشريع حوادث العمل على العمل فى الزراعة حماية الملتزم المجانى أو كما يقال فى اللغة الدارجة باسط كف المعونة (ص ٨٨) » • وكتب فى أبعد من ذلك (ص ١٣٦) ان فى الواقع ، وبصورة عامة ، يجوز الطعن بالصفة المجانية للاتفاق فى جميع الاحوال التى لا يكون فيها الاتفاق المجانى سوى عنصر لعقد معاوضة أوسع نطاقا • فغالبا ما يتعهد أحد المتعاقدين ، عند ابرام عقد ، بتنفيذ التزام معين دون ان يطلب تعويضا خاصا لهذا الالتزام ، الا انه لا يمكن الاستنتاج من ذلك على وجود اتفاق لعمل احسان • فبائع الجملة الذى يعير أوعية لبائع المفرد لحفظ السوائل،والمؤسسات التى تهىء خزانات لحفظ حوائج السواح والمستحمين واللاعبين والمشاهدين ، والموظف الوزارى الذى يقبل وكالة بمناسبة توقيعه على وثيقة لا يعتبرون أشخاصا يقدمون الطافا وان لم يطالبوا بأجر لهذه الخدمات المعينة • ذلك لان المنفعة الممنوحة ليست مجانية الا فى الظاهر ، انها تؤلف جزءا من مجموع الالتزامات المتقابلة التى وعد بها الطرفان المتعاقدان وتعويضها فورى غير مباشر •

وكذلك يعتبر الاتفاق الذى يترك العامل بموجبه ملابسه المدنية لدى رب عمله شرطا ملحقا بعقد العمل دون امكان التحدث عن منفعة عينية • هذا وان الصفة التعويضية للخدمات المجهزة بموجب شروط مماثلة قد شرحت بصورة خاصة بمناسبة عقد النقل •

وللاجر صلة وثيقة بالعمل ، سببه القانونى ، صلة تترتب عليها نتائج متعددة تتعلق بتكوين العقد وتنفيذه • فدفع مبلغ من النقود بعد انجاز عمل معين لا يتضمن بالضرورة ابرام عقد عمل ان كان العمل قد نفذ تلقائيا من قبل المنتفع بالتعويض ، دون ان يكون الدافع ملزما بالدفع • ان امثال هذه الدفعات لا يمكن ان توصف بالمقابل القانونى للعمل • هكذا لا يعتبر الحلوان الذى يدفعه المستأجر الى بواب العمارة أو المسافر الى بواب الفندق متصلا بعقود عمل مبرمة بين هؤلاء الاشخاص •

(ب) ان واقع تنفيذ العمل مقابل عوض يكون فى سويسرا كذلك عنصرا أساسيا لعقد العمل • وان تخلف هذا العنصر يغير الطبيعة القانونية لهذا العقد اذ لا يمكن القول بوجود مثل هذه الرابطة عندما لا يكون تبادل الالتزامين المحل الرئيسى للعقد • مثال ذلك حينما لا تؤلف منفعة العمل سوى التزاما ثانويا ناجما عن عقد آخر أو حينما لا يستهدف النشاط ربحا بشكل دخل وانما

لقد ابدى رواست فى تعقيب على قرار لمحكمة (كرينوبل) الصفة المأجورة لنقل فى قارب ضمن نزهة مأجورة • برأيه ان جمهور الكتاب الذين كان ينبغى عليهم تمييز النقل المجانى عن النقل المأجور قد أكدوا على ضرورة التثبت من ان العقد المجانى لا يرتبط بعملية اوسع نطاقا نشأت مقابل عوض ، ويمثل العقد أحد عناصرها الجوهرية أو أحد أجزائها الرئيسة أو الثانوية • ويبدو ان المادة الاولى من مرسوم ١٢ كانون الثانى ١٩٣٩ قد أخذت بهذه النظرية بنصها على « ان الصفة المجانية للنقل تتضمن غياب أى تعويض مباشر أو غير مباشر من قبل الاشخاص المنقولين • وتعتبر عمليات النقل التى غطيت مصاريفها كليا أو جزئيا بفوائد الحصص والمساهمات التى لم تخصص لغرض النقل قد أجريت بأجور مباشرة » •

يتحدد بغير ذلك من الاهداف (كمعالجة مريض أو شخص فى دور النقاهة فى مستشفى أو مصح حيث يكون النشاط منقادا بافكار روحية أو دينية)(١) ٠

يلزم دفع الاجر فى المحل الاول بحكم القانون ومن ثم بموجب العقد ٠ اما اذا لم يشترط شىء ، يدخل الاجر المعتاد ، أى الاجر العادل أو الاجر المقرر بموجب العقود النموذجية أو عقود العمل المشتركة ، فى خط الحساب (الفقرة ٢ من المادة ٣٢٠ من قانون الالتزامات) ٠

يؤيد روسل(٢) الرأى نفسه بتأكيده ، أن لابد من وجود عنصر التعويض للاعتراف بوجود عقد العمل ٠ يقول : « اذا لزم تأدية الخدمات الموعودة مجانا ، لا يكون هناك عقد عمل ، لان الاجر عنصر جوهرى ٠ قد تكون هناك وكالة أو ادارة اعمال ، وليس اتفاق مطابق لتعريف المادة ٣١٩ من قانون الالتزامات ٠ أما اذا لم يحدد الاجر صراحة ولا ضمنا ، واذا اتفق على ان يكون العمل المقدم مجانا كانت هناك « هبة خدمات » ٠

وهنا نلاحظ ان ليس فى القانون السويسرى عقد يسمى صراحة ب (هبة الخدمات) ٠ يفترض استحقاق الاجر بموجب الفقرة ٢ من المادة ٣٢٠ من قانون الالتزامات التى تطبق عندما لا يناقش الطرفان مسألة التعويض أو عندما يتعذر اثبات اشتراط أجر ٠

---

(١) انظر Oser/Schonenberger, op. cit. No. II, p. 1138.

(٢) انظر Rossel, Manuel du droit fédéral des obligations, p. 401 et 412, 1920

وحينما يقدم أحد الطرفين عملا خلال زمن معين ، لا يؤدى ، على العموم ، مجانا بمقتضى الظروف ، يستطيع هذا الطرف بطبيعة الحال الاعتماد على أجر . ان القانون يعترف بتعويض هذا العمل. يترتب على ذلك اذا أدعى الطرف الثانى بانه قد اعتقد بان الامر يتعلق بخدمات مجانية ، عليه اقامة الدليل على ما يدعيه(١) .

أما بشأن طريقة دفع الاجور فيجمل ان نذكر انه بينما لا تتطرق النصوص والقرارات الفرنسية الى الاجر حسب القطع ، ويفرق الفقه على العموم بين طريقتين للتعويض : حسب الزمن وحسب العائد (يتضمن صنف الاجور حسب العائد ، الاجور باسهم والاجور حسب القطع)(٢) ، تنص الفقرة ٢ من المادة ٣١٩ من قانون الالتزامات صراحة بانه يجوز ان يدفع الاجر حسب الساعة أو اليوم أو العمل المسلم ... وقضت المحكمة الاتحادية ، من جانبها ، بان « واقع دفع الاجور الى العامل بوسيلة غير وسيلة الاجر المحدد لا يكفى لتعديل الطبيعة القانونية للعقد(٣) . الواقع ان القضاء السويسرى يعترف بصورة عامة بان دفع الاجر عنصر مميز لعقد العمل ، وانه يجوز دفعه كلا أو جزءا بعمولة أو مؤنة أو منافع

---

(١) انظر E. Schweingruber, Commentaire du Contrat de travail Selon le CO, p. 24, 1952.

(٢) انظر Cahen, Les problémes du salaire aux piéces, Dr. Soc p. 345, 1949.

(٣) انظر ATF du 22 février 1915 (Sem. jud. 1915, p. 169) et arrêt du 8 décember 1933 (Sem. jud. 1934, p. 509).

مادية أو مساهمة فى الارباح وان لم يصاحبها أجر محدد(١) ·

ومن المفيد ، على هامش هذه المسألة ان نبحث بعض الحالات الخاصة التى ترجع حلولها على العموم الى قانون الاسرة · مثالها ان أعمال القاصرين التى تؤدى فى ادارة البيت لا تعطى حقا بالتعويض (Berne ZBJV. 35 209, aussi ZBJV. 45. 31) · وكذلك بالنسبة للاعمال التى يؤدونها فى المشاريع التجارية أو الزراعية العائدة الى الاقرباء ، طالما ان حاصل عمل الطفل القاصر يعود الى اقربائه ان كان يعيش معهم فى بيت مشترك (المادة ٢٩٥ من قانون الالتزامات) الا انه يجوز ابرام عقد نافذ مع الاقرباء بشرط ان يوقع مثل هذا الاتفاق بمساعدة وصى وتصادق عليه سلطة الوصاية (المادة ٢٨٢ من القانون المدنى السويسرى) ·

أما الاطفال البالغون فيستطيعون بطبيعة الحال كسائر الاشخاص البالغين القادرين على التمييز واكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات ، ابرام عقد عمل مع أبيهم أو أمهم على سبيل المثال (المادة ١٣ والمواد التالية من القانون المدنى السويسرى · فضلا عن ان بامكان الاطفال البالغين الذين يعيشون عيشة مشتركة مع أقربائهم ويكرسون اعمالهم للعائلة ، ان يطالبوا بحكم القانون بتعويض عادل لخدماتهم عند تقسيم التركة أو عندما يحجز الاغيار على أموال رب العائلة (المواد ٦٣٣ و٣٣٤ من القانون المدنى السويسرى) ·

وأما بالنسبة للاقرباء الذين يشتغلون فى محلات أطفالهم ،

---

(١) انظر Sem. jud. 1942, p. 249, 1953 p. 273, 1959, et jd. T. 1948 p. 107.

فيجب عند انعدام القرينة القانونية الفصل فى كل حالة على انفراد . فمثلا يجوز الحكم بان العمل قد انجز على سبيل المعاوضة وبموجب عقد ضمنى ، اذا كلفت الام بادارة فندق كبير لاطفالها بموجب وصية زوجها (ATF, 19, 842) .

واذا اشتغل الزوج فى مشروع زوجته ، يعترف ، فى حالة الشك ، بوجود عقد عمل ، ولكنه من المعلوم جيدا ان ليس للزوج حق بالاجر فى حالة اخفاء الحقيقة ، كأن يكون المشروع عائدا فى الواقع الى الزوج وبدت الزوجة كرئيسة للمشروع لغرض اخفاء الوضع الحقيقى عن أنظار الاغيار . الا انه يجب للقول باخفاء الحقيقة ان يقصد الاطراف تجنب النتائج القانونية لعقد العمل وانقاذ الاموال بذلك من الدائنين[1] .

وأخيرا اذا اشتغلت الزوجة فى مشروع زوجها ، تقضى المحكمة الاتحادية[2] على العموم ، بانها ليست مستخدمة لديه ، بل انها تقوم بواجب الزوجية (الفقرة ٢ من المادة ١٦١ من القانون المدنى السويسرى) ، وتنتفع من رفع مستوى المعيشة الذى يسببه عملها للحياة العائلية وزيادة الاموال الزوجية التى يعود قسم منها اليها بموجب نظام الزواج القانونى عند حل الزواج . ان هذه المنافع والخوف من جعل الزواج أمرا تجاريا يتعارض وتطبيق الفقرة ٢ من المادة ٣٢٠ من قانون الالتزامات السويسرى .

ان محكمة العدل فى كانتون جنيف[3] تشاطر هذا الرأى .

---

(١) انظر Becker, Kommentar zum Obligationenrecht, 2 Abteilung, p. 313-314.

(٢) انظر ATF. 74, II, 208, Trav. et Séc. Soc. 1950, p. 16.

(٣) انظر Arrêt du 2 Mars 1951, Trav. et Sec. Soc. 1951, p. 29.

فقد قضت فى قضية (Dame Gloor c/Faillite Gloor) بالا يفترض ارتباط المرأة المتزوجة التى تشتغل فى مشروع زوجها بعقد عمل ، وبالتالى لا تستحق ، من حيث المبدأ أجرا ، ما لم يكن هناك عقد مبرم بينهما بصراحة ٠

(جـ) ويكون عنصر الاجر فى القانون العراقى كذلك جزءا من فكرة عقد العمل المعرفة ، كما ذكرنا ، فى المادة ٩٠٠ من القانون المدنى ٠

اما طريقة دفع الاجر فلا تؤثر أيضا فى الطبيعة القانونية لعقد العمل فى القانون العراقى ، اذ يخلص من نص الفقرة ٢ من المادة ٢٨ من قانون العمل العراقى لعام ١٩٥٨ المتعلقة باحتساب الاجر للعامل أو المستخدم الذى يشتغل بحسب القطعة أو المقطوع ، وبدفع الاجور عن أيام الاستراحة ومن نص المادة ٣٢ التى تحدد تواريخ دفع الاجور ، جواز دفع الاجور يوميا أو أسبوعيا أو شهريا دون اعتبار لكمية الانتاج أو بالمقطوع أو القطعة تبعا لكمية الانتاج ، الا انه خلافا لاحكام القانونين السويسرى والفرنسى ينبغى أن يدفع الاجر دائما على الاقل بكمية معينة من النقود ٠

ملاحظة أخيرة : ان المادة ٩٠٣ من القانون المدنى العراقى تفترض تعويض الخدمات التى تؤلف بجوهرها عملا لا يجهز على العموم مجانا ٠ هناك فى هذه الحالة قرينة قانونية قابلة للنقض بالتزام صاحب العمل بدفع الاجر ٠ لا ريب فى ان النص على هذه القرينة فى صالح العامل ، ذلك لان العقد يعتبر مبرما حتى وان لم يشترط أى أجر بصراحة ٠ ان لم يتطرق العقد الى مقدار الاجر تحدد مقداره بموجب العادة النافذة فى المهنة المعنية ٠

وتدفع الاجور فى انكلترا تبعا للعمل المنفذ • وهى تقـــدر أحيانا حسب الزمن المكرس للعمل وأحيانا حسب كمية الانتاج(١) •

أما اذا لم يحدد الاجر بشروط العقد ، فان القانون العمومى Common Law يفترض ان الطرفين قد اتفقا ضمنا على ان يدخلا فى عقدهما الشروط المعتادة فى الحرفة أو المنطقة واحتمالا فـــى المشروع • وان لم ينص على شىء بشأن الاجر ينبغى على صاحـــب العمل دفع الاجر المعتاد ، وان لم ينص على شىء بشأن ساعات العمل، يجب على العامل ان يشتغل عدد الساعات المعتادة •• الخ • ان هذه المهمة سهلة جدا وبسيطة هناك حيث تبلورت العادات أو الاعراف فى عقود العمل المشتركة(٢) •

الفـرع ٣

تعهد لمدة محددة أو لمدة غير محـددة

يقصد بمدة الالتزام بالعمل ، الزمن الذى يضع العامل خلاله نفسه فعليا بخدمة صاحب العمل • يحدد الزمن بحرية باتفـــاق الطرفين (بعد مراعاة النصوص القانونية الآمرة) • فان لم ينص العقد على المدة ، يصار الى الاعراف المحلية النافذة فى المهنة •

---

(١) انظر J. Henry Richardson. An introduction to the study of industrial relations. Third impression, 1959, p. 83 et ss.

(٢) انظر A. Flanders and H.A. Clegg, The system of industrial relations in Great Britain, 1960, p. 45.

أشرنا سابقا الى مدة العقد المحددة أو غير المحددة باعتبارها عنصرا خاصا لعقد العمل • أما هنا فيقتضى الامر ان نعرف ما هى القيمة التىقد يقدمها هذا العنصر بوصفه معيارا مميزا،وما هىآثار وجوده أو غيابه فى اتفاق وارد على التزام بعمل ؟

يجب أولا الاهتمام بالتفريق ، من جهة ، بين مدة العقد ووحدة الزمن التى تستخدم لتقدير الاجر ، ومن جهة أخرى بين تلك المدة والزمن الملازم للعقد لواقع كونه عقدا ذا منافع متتابعة ؟

يخرج هذا العقد بسبب صفة التتابع عن نطاق تطبيق قاعدة الاثر الرجعى فى حالة البطلان • ويجوز ايقافه عند حدوث قوة قاهرة أو عند مرض العامل أو فى حالة الاضراب احتمالا •

أما عن الزمن المراد به تقدير التعويض فليس له أثر على طبيعة عقد العمل • ان هذا العقد يحتفظ بطبيعته الخاصة دائما ، سواء عوض العامل حسب الساعة أو اليوم أو الشهر أو بنسبة أية وحدة زمنية غيرها •

(أ) يجوز ابرام عقد العمل فى القانون الفرنسى لمدة محددة أو غير محددة • نجد انفسنا بمواجهة النوع الاول اذا اشترط الطرفان المتعاقدان أجلا معينا ينتهى العقد بانتهائه ، ولكنه قد تتحدد مدة العقد بوقوع حدث مستقبل أو بانتهاء موسم أو بتنفيذ أعمال معينة • مثال ذلك ، تكون مدة العمل بالمقطوع ، الزمن الضرورى لانجاز العمل المقطوع ، وعندئذ يدعى العقد بعقد محدد المدة مع ان الاتفاق لم يحدد مدة العقد بصراحة • وكذا الحال بالنسبة للعمل الاجمالى أو العمل بحسب القطع أيضا بشرط

ان يكون عدد القطع معلوما ٠
(Cass. civ. 14 déc., 1927, D.H. 1929, 51.; Cass. civ. 18 Mai 1909, D. 1910).

هناك عقد غير محدد المدة عندما لا يذكر الطرفان مدة عقدهم ٠ وهذه حالة الجزء الاكبر من عقود العمل ٠ ان سكوت العقد أو الشك بخصوص تعيين المدة يؤدى الى الاستنتاج ، ما لم يوجد عرف خلاف ذلك ، الى ان العقد المبرم عقد ذو مدة غير محددة ٠

ان هذين العقدين لا يحكمان بقواعد تختلف عن بعضها اختلافا أساسيا ٠ كل من العقدين يخضع للنصوص الخاصة بتنظيم العمل نفسها ودفع الاجر وخضوع الاجير لصاحب العمل ، ولكنهما يختلفان اختلافا عميقا بالنسبة للآثار التى تترتب على انتهائهما(١) ٠

ينبغى علينا أن نبين انه بموجب أحكام الفقرة ١ من المادة ١٧٨٠ من القانون المدنى الفرنسى « لا يجوز لشخص ان يشغل خدماته الا لوقت معين أو لمشروع معين » ٠ يترتب على هذا النص ان كل اتفاق يضطر العامل على الالتزام بخدمة رب العمل لمدى حياته يقع باطلا ٠ ولكننا رأينا عند بحث فكرة علاقة العمل ، ان الامر لا يعدو كونه بطلانا نسبيا ، وذلك لوجوب تعويض المنافع التى جهزت ٠ ان الغرض من نص المادة ١٧٨٠ من القانون المدنى الفرنسى هو ضمان احترام الحرية الفردية ٠ فقد يضطر العامل الى الارتباط لمدى حياته بسبب حاجته ٠

ولكنه ليس من اليسير دائما معرفة متى نصبح أمام تعهد لمدى

(١) انظر Durand et Vitu, op. cit. No. 171. Rouast et Durand, op. cit. p. 407 No. 325. Brun et Galland, p. 240-241. Brochard, op. cit. No. 18.

حياة العامل . لذا يجب على المحاكم الفرنسية تفسير حرفية وروح هذا المنع طبقا لظروف القضية الموضوعة النزاع . فمثلا ان العقد الذى يربط شخصا بخدمة سيده طالما بقى الاخير على قيد الحياة يكون نافذا ، ان كانت صحة وعمر العامل تسمح بالافتراض بانه قد يعيش مدة أطول بكثير من حياة صاحب العمل

(Toulouse, 28 décember 1892, Sire, 1893. 2. 209, Cas. Ceq. 15 janv. 1890, D.P. 1891, I, 30).

وعكس ذلك ، يستطيع صاحب العمل أن يتعهد بتشغيل الاجير لغاية نهاية حياته أو ما دام بقى متصرفا بصناعته أو لغاية احتفاظ الاجير بقواه المعنوية أو البدنية . الحقيقة ان السيد ، فى هذه الحالات ، لا يفقد حريته طالما لم يشغل قوة عمله ، والاجير لا يتخلى عن حريته بشكل غير محدد . وما على صاحب العمل الا تعويض الاجير عند فصله خلافا للاتفاق .

(Cas. Soc. 12 Nov. 1947, G.P. 1948, p. 282).

(ب) وقد رأينا فى القانون السويسرى ان المادة ٣١٩ من قانون الالتزامات تشترط لوجود عقد العمل قيام اتفاق منصب على التزام العمل « لمدة محددة أو غير محددة مقابل أجر » ، غير أن الالتزام باداء الخدمة خلال مدة معينة لا يتضمن وجوب دفع الاجر حسب الزمن . ذلك يعنى فقط ، وجوب وجود رابطة زمنية للعمل . ولا يعنى تحديد مدة انجاز العمل بالعقد مقدما . على العموم ، ان العكس هو الصحيح (بالمقارنة بعقود أخرى كالوكالة أو المقاولة) . يقابل ذلك ان من الضرورى ان يبقى العامل تحت تصرف صاحب العمل خلال المدة المشترطة . ولسنا أمام عقد العمل ما لم تتصف

الرابطة ما بين العامل وصاحب العمل بالعنصر الزمنى[1] ·

ولكنه تجب الملاحظة انه خلافا لحل القانون الفرنسى لا يعتبر العقد المبرم لمدى حياة العامل أو المستخدم عقدا باطلا ، وانما يحق للعامل فسخه بعد عشر سنوات دون الزامه بتعويض ، بانذار يعطى قبل ستة أشهر (المادة ٣٥١ من قانون الالتزامات) ·

والمحكمة الاتحادية من جهتها تعتبر عنصر الزمن أيضا كمعيار لعقد العمل حين تقول ان « أحد العناصر الاساسية لعقد العمل هو حقيقة ان العامل يلتزم بالقيام بعمل لزمن معين »[2] · بل انها تذهب الى أبعد من هذا المدى حين تقول « ان العنصر الجوهرى لعقد العمل بموجب المادة ٣١٩ من قانون الالتزامات ـ باستثناء عنصر الاجر ـ هو الزمن الذى ينبغى تنفيذ العقد خلاله · فمن يعد بتقديم خدماته الى آخر لمدة محددة أو غير محددة يكون عاملا»[3] · ومع ذلك ان عقد العمل لا يفترض ان العمل يستغرق جميع اوقات العامل » · ذلك أيضا رأى محكمة العدل فى كانتون جنيف · فقد حكمت « بالا شىء يمنع الشخص من ان يكون مستخدما لدى صاحبى عمل مختلفين ، بشرط الا يطغى الوقت المكرس لشؤون أحدهما على الوقت الذى يجب تكريسه لشؤون الآخر · فالمحاسب مثلا يستطيع ان يلتزم بصفة ماسك دفاتر فى محل طيلة الصباح وفى

---

(١) انظر Arnold Gysin, Arbeitsrecht, p. 32, No. 2, 1943

(٢) انظر Travail et Sécurité Social, Janvier 1953, p. 13, ATF du 15, Oct. 1952.

(٣) انظر la même Revue de 1956, p. 22.

محل آخر بعد الظهر ، ويعتبر عاملا بالنسبة للمحلين على السواء[1]٠

ولكنه مع ان الالتزام بالزمن يسمح ، من حيث المبدأ ، بتفريق عقد العمل عن بقية العقود ، الا اننا نقدر مع شفاين كروبر[2] ان فى العقود ذات المدة القصيرة الاجل حيث يبدو عنصر الزمن ثانويا (كعقد اعضاء جوقة موسيقية تعهدوا بالاشتغال فى مطعم لمـــــدة اسبوعين ، والموسيقيين المكلفين باحياء حفلة راقصة ، وخادمة تدبير المنزل والغسالة) من الاجدى اعتماد غيره من المعايير كاتــكال أو أستقلال الاجير ٠

ريشارد[3] يعتبر عنصر الزمن أثقل المعايير وزنا أو المعيـــار الوحيد ٠ لقد كتب « ان جميع المعايير الاخرى ثانوية أو مشتقة عنه ٠٠ لا سيما خضوع العامل وسلطة رب العمل الناجمة عن طبيعة الالتزام ٠ بما ان موضوع العقد لا يبين وقت ابرامه الا بايجاز ، فمن المهم ان يكون محددا بعدئذ ٠ يجب على صاحب العمل ، السيد المسؤول الذى يترأس تقسيم العمل والشخص الوحيد الذى يعلـم النتيجة المبتغاة ، ان يشرف على العامل ويدير نشاطه ٠

ولدعم رأيه يحاول ريشارد ان يثبت ان أغلب تنظيمات العمل قائمة على فكرة مدة العلاقات أو استمرارية الروابط التعاقدية ٠ برأيه ان هذه الفكرة تبرر شرعا حكم التقادم الخاص بدفعات الاجر

---

(١) انظر Sem. jud. 1921, p. 121 et 1948, p. 107.

(٢) انظر Schweingruber, Commentaire du Contrat de travail, p. 20, 1952.

(٣) انظر Richard, Le Contrat de travail en droit Suisse, p. 91-99, 1913.

والسلف وساعات وأيام الاستراحة • ويتساءل ، بعد هذا ، كيف يمكن ادراك مادة كتلك التي تضمن للعمال ، الذين يتقاضون أجورهم حسب القطع ، دون الرجوع الى فكرة استمرارية الروابط• وكذا الامر بالنسبة للنص الذى يمنح العمال ، الممنوعين من الاشتغال دون خطأ منهم ، حقا بالاجر خلال وقت معين • تبعا له ، ان القانون لا يفرض على صاحب العمل دفع الاجور الى العامل الا لانه وعد بتقديم عمله بشكل مستمر يحرمه من أية وسيلة أخرى للحصول على مصادر رزقه ، وان هذا التعويض لا يخص ايام العمل الفعلية وحدها بل والايام التى منع العامل خلالها من العمل بسبب خطير وخارج عن ارادته أيضا • وأخيرا يعتقد ريشارد ان هذا السبب نفسه هو الذى يجعل العامل فى المنزل مرتبطا بعقد العمل كلما تعهد لوقت معين ولم يكلف بعمل عرضى •

أما بالنسبة لنا ، فلا نعتقد ان هذا العنصر يستحق جميع الاهمية التى يعلقها عليه هذا الكاتب • الواقع ، ان تلك الاهمية لا تظهر فى عقد العمل القصير الاجل أو عندما لا يتعهد العامل الا بالاشتغال بضع ساعات فى اليوم أو فى الاسبوع • ونعتقد ان عنصر التبعية القانونية المقترن بالتبعية الاقتصادية يؤلف معيار عقد العمل الاكثر حسما ويبرر التدخل الحكومى لصالح العامل • أما عنصر الزمن فلا يلعب سوى دور ثانوى كمعيار للتفريق • ويجوز برأينا كذلك ان لا يعتبر تحديد نشاط العامل بوقت معين سوى تعبير تعاقدى لرابطة التبعية التى يخضع العامل خلالها لسلطة صاحب العمل •

الفــرع ٤

حالة تبعية العامل

ان المعيار الاشد وقعا والاكثر قطعا لتفريق عقد العمل هـو حالة تبعية العامل قبل صاحب العمل فى ادائه لعمله ، وذلك بسبب وجوب اشتغاله خلال الزمن الموعود طبقا لاوامر وتوجيه هذا الاخير. بتعبير آخر، انالاجير لا يزاول نشاطه بصورة ذاتية، وانما عكس ذلك وهو فى موضع الاتكال .

ان بتخلف هذا العنصر لا تكفى بقية العناصر لتفريق عقـد العمل .

بعد ما ذكر ، بقى ان نبين ما يجب ان يقصد بتعبير حالـة التبعية ؟

قد تنطوى فكرة التبعية على صورة اقتصادية تتأتى من واقـع كون عمل الاجير يكون المصدر الذى لابد منه لكسب معاشه ، وصورة قانونية تصدر عن الاتفاق الحاصل ، دون الاهتمام بوضع العامل الاقتصادى .

ان هذا التقابل يثير نزاعا جديا سواء فى الفقه أم فى القضاء حول أساس وتطبيق المعيار الموضوع البحث . هل ينبغى تطبيـق المعيار القائم عـلى فكرة التبعية الاقتصادية أم معيـار التبعية القانونية ؟ ان لكل من المعيارين مؤيدين ومعارضين ، وهنا تقوم فائدة بحثهما على التوالى مع ما يستتبع تطبيقهما من نتائج عملية .

أـ التبعية القانونية :

تلك هى النظرية الكلاسيكية التى تقضى باستخلاص التكييف من بنود العقد • لا يوجد الاتكال الا بسبب وضع شخص نشاطه تحت سلطة شخص آخر ، مع انه قد يكون مستقلا اقتصاديا • وبالتالى ينبغى للحكم بوجود عقد العمل التحرى عما اذا كان صاحب العمل يتصرف بصلاحية الامر أو عما اذا كان العامل يؤدى مهمته طبقا لاوامر الاول بموجب اشتراط محدد •

ان هذا المفهوم لا يكترث بالوضع الاقتصادى الخاص للاجير • قد يكون هذا مالكا لثروة طائلة ، وقد لا يوجد تحت تصرفه سوى أجره • هكذا لا يجوز اعتبار العامل فى المنزل والممثل التجارى ووكيل التأمين ، على سبيل المثال ، كأجراء ، لواقع تنفيذهم لاعمالهم باستقلال تام • وعكس ذلك يجوز ان يستفيد المحامى الذى يعمل مستشارا قانونيا لشركة صناعية أو تجارية والطبيب المرتبط بمستوصف من قوانين العمل ، مع انهم مستقلون اقتصاديا •

يرفض هذا المفهوم فكرة تحديد مركز العامل القانونى قبل صاحب عمله بضعف أو اتكال العامل الاقتصادى • ان حالة الاتكال الاقتصادى التى قد يوجد فيها العامل بالنسبة لمن يستخدمه ، لا يمكن ان تخدم معيارا للتفريق • ان صفة الاجير تستلزم حتما وجود رابطة تبعية قانونية بين العامل والشخص الذى يستخدمه •

تدعى التبعية مفهومة بهذا النحو ب « التبعية القانونية » ، لانها تصدر ، كما قلنا قبل قليل ، عن رباط تعاقدى يخضع العامل لسلطة رب العمل ، الا انه يجب ان يفهم اصطلاح « حالة التبعية »

بمعنى واسع ، يعنى حق صاحب العمل باصدار الاوامر والتوجيهات أو التعليمات الى العامل والتزام هذا باطاعتها • ويتضمن كل اشراف أو رقابة وادارة أو رفع التقارير •

بيدون(١) يتشكك فى دقة هذه التعابير وفكرة التبعية القانونية التى تنحدر عنها ، فيقول « يجب الاعتراف بان دقة القول متواضعة• ذلك لان الالفاظ « سيطرة » و« سلطة » و«ادارة » تعابير غامضة جدا • وان القاعدة التى تستوجب وجودها لا تشابه الا قليلا قواعدنا القانونية ، انها بالاحرى تشابه الاصطلاحات القانونية الانكلو – أمريكية التى يتمتع القاضى بشأن تفسيرها بحرية تامة فى التقدير » •

١ــ مسوغات هذا المفهوم •

٢ــ لا يسع غير هذا المفهوم ، تسويغ خضوع العمال الى بعض الاجراءات التنظيمية ، كفرض الغرامات وانظمة المشاغل • فقد تجوز مقارنة تبعية العامل لصاحب العمل بتبعية المواطنين الى السلطة العامة ، تبعية تسوغ تشريع القوانين التى تفرض بعض الضرائب والرسوم لضمان الموارد المالية لمصاريف الدولة •

بــ وتتصل هذه المبررات أيضا بالمنطق القانونى • ان غرض تشريع العمل هو حماية عمال الصناعة فى النظام الرأسمالى حيث تعود ارباح ومخاطر الانتاج الى أصحاب وسائل الانتاج ، ويقتصر العمال على تأدية عملهم مقابل أجر مقطوع ، ويتحدد مركزهم

---

(١) انظر Beudan, Cours de droit civil français, 2 Vol., T. XII, Contrats civils divers, No. 21, 1947.

بالروابط التى تجمعهم بصاحب العمل • فمن المنطق اذن الاعتماد على تحليل قانونى لرسم نطاق تطبيق تشريع العمل •

٢ـ عيوب هذا المفهوم :

أ ـ ان هذا المفهوم يخضع لانظمة قانونية متباينة اشخاصا كائنين فى ظروف اجتماعية واقتصادية متقاربة ، كذلك الذى يشتغل فى المنزل خارج أية سيطرة لصاحب العمل ، وزميلة الذى ينفذ العمل نفسه فى محل صاحب العمل وتحت سيطرته مقابل أجر مقطوع • وعلى العكس يميل الى أن يشبه قانونا اجراء تتباين أوضاعهم الاقتصادية وينتمون الى أوساط اجتماعية مختلفة ، كالعامل فى المنزل والمدير العام لشركة مساهمة •

ب ـ ويلاحظ أيضا ان حق اصدار الاوامر والالتزام بالانصياع اليها لا يقتصر فقط على الاشخاص المرتبطين بعقد العمل ، بل يمتد أيضا الى أشخاص مرتبطين بعقد الوكيل التجارى أو المعمارى على سبيل المثال • ولكن هؤلاء الاخيرين ليسوا أجراء ، بل انهم يعملون لحسابهم وعلى مخاطرهم ولا يتلقون سوى توجيهات عامة تتعلق بتنفيذ التزاماتهم ، لا أوامر صارمة لا يخضع لها سوى العمال بالمعنى الدقيق •

ج ـ وأخيرا أدى التطور الآلى الى ان يجد العمال أنفسهم مضطرين الى قبول شروط فرضها عليهم أصحاب الاعمال ، حتى وجب على مبدأ المساواة القانونية ، أساس التبعية القانونية ، ان يخلى المكان لغيره من الاعتبارات الاقتصادية والفنية أو الاجتماعية •

ب ـ التبعية الاقتصادية :

حملت الملاحظات التى تقدم ذكرها توا حول المعيار المقام على أساس الروابط القانونية بعض الكتاب على اقامة التبعية على اعتبارات اقتصادية واجتماعية .

« هناك اتكال اقتصادى ، كتب كوش(١) ، عندما يستمد مجهز العمل مورد عيشه الوحيد من عمله ، أو على الاقل أهم موارده ، وعندما يستخدم ، من جانب آخر ، ذلك الذى يدفع الاجر كل نشاط من يقدم العمل بصورة منتظمة » .

ويؤكد سافاتيه(٢) ، من جانبه ، بانه « قليلا ما تهم درجة الاستقلال القانونى التى يحتفظ بها هؤلاء العمال ، يكفى اتكالهم الاقتصادى الى ان يجعل منهم مأمورين لمن ينتفع بعملهم ويتحمل مخاطره » .

تتضمن التبعية بهذا المفهوم أن أجر العمل يضمن وحده أو الى حد كبير معيشة العامل وان العامل يكرس كل نشاطه خلال الوقت المتفق عليه لصالح معطى العمل ، بينما قد يتصرف الاخير برأس مال كبير وليس بحاجة لتأمين عيشه الى اداء واجب يومى . هكذا يكفى للحكم بوجود التبعية ان يؤخذ الوضع الشخصى للطرفين المتعاقدين بنظر الاعتبار دون البحث مطلقا عما اذا كان لاحد

---

(١) انظر Cuche, Le rapport de dépendance, élément Constitutif du contrat de travail-article publié dans la Revue critique, 1913, p. 412.

(٢) انظر Savatier, Voir Dalloz, périodique, 1923, I, p. 5.

المتعاقدين سلطة على الآخر بشأن تنفيذ وظائفه • بايجاز يكفي لثبوت الاتكال تقدير الوضع الاجتماعى وحده •

ان التبعية الاقتصادية تثير اعتراضات جدية :

أ- أولا انها أقل دقة بكثير من التبعية القانونية ، اذ لا يعلم أحد بالضبط متى يبدأ واين ينتهى الاتكال الاقتصادى • ان عددا متزايدا من الاشخاص الذين يحتاجون الى عملهم لضمان معيشتهم ينتظرون من الآخرين عروضا للعمل • فمقاول النسيج يتلمس طلبات يحيلها اليه صناعى هام • والجراح نفسه ، لو فكرنا بالمهن الحرة ، ينتظر الزبائن الذين يبعثهم اليه طبيب المحلة •

ب- ان الاتكال الاقتصادى يؤدى الى تحديد طبيعة العقد تبعا للحالة الاجتماعية للطرفين المتعاقدين ، بينما لا يحيل القانون الى حالة الشخص الاقتصادية لتكييف علاقات المتعاقدين •

ج- انها تقود الى الغاء العقد لاستبداله بفكرة علاقة العمل ، وبذا يصبح دور اتفاق الارادات دون أهمية فى تقرير النظام القانونى • ان باستبدال فكرة التبعية القديمة بفكرة التبعية الاقتصادية نسفا للعقد •

مع ذلك ، يجوز الطعن بهذه الحجج ، اذ الملاحظ ان ما هو جوهرى لتحديد عقد العمل ليس الحرية التعاقدية التى يتمتع بها العامل فى تنفيذ عمله وحدها ولا الفئة الاجتماعية التى ينتسب اليها ، بل وكذلك انخفاض المركز الاجتماعى الذى يحكم على العامل بتقييد قوة عمله لصالح الآخرين لعدم قدرته على استخدامها بنفسه •

ومن جهة أخرى ، بما ان القانون ليس الا اداة تعكس التطور الاقتصادى والاجتماعى الذى يحدث فى مجتمع معين ، وان هذا التطور يتخطى أبدا عمل المشرع ، فان تطبيق القانون حرفيا لا يحقق أهدافه بدقة • ان الاتجاه الاشتراكى المعاصر قد غير بعمق روابط العمل ويدعو الى اجراء تنسيق بين القانون وبين ما هو قائم من الحقائق الاقتصادية الحالية •

غير ان غالبية الفقهاء سواء فى فرنسا أم فى سويسرا تنحاز الى جانب المعيار القانونى •

١ـ حالة التبعية فى القانون الفرنسى

(أ) المعيار القانونى :

عندما نراجع القرارات العديدة المتعلقة بالمسألة التى تهمنا ، ندرك بسرعة ان القضاء فضل منذ زمن بعيد المعيار القائم على التبعية القانونية :

لقد أتخذت بعض القرارات خاصة حينما كان يتعين :

١ـ اقتفاء حدود نطاق تطبيق قانون ٩ نيسان ١٨٩٨ حول حوادث العمل • لقد أصدرت محكمة النقض حول هذا الموضوع قرارا فى قضية ظلت شهيرة : كان رئيس الاطباء فى احدى المستشفيات لعزل المجانين يتقاضى أجورا محددة ويفرض عليه النظام الداخلى وقتا للحضور وعيادة المجانين فى أوقات معينة ، قتل على يد مجنون ، فطلبت ارملته ان يحكم لها بتعويض استنادا الى

التشريع المتعلق بهذا الخطر الحرفى . حكم لها قضاة الاساس بما طلبت ولكن محكمة النقض نقضت قرارهم لاعتقادها ان ظـــرف القضية لا ينم عن التبعية القانونية . لا ريب فى ان رئيس الاطباء كان يتقاضى مكافأة ثابتة وملزما ببعض الالتزامات التنظيمية ، ولكنه كان يتمتع باستقلال تـــام فى مزاولة وظيفته الاساسية : وهى العناية المقدمة الى مرضاه . وبالتالى لم تستطع ارملة الطبيب الحصول على تعويض بالاستناد الى قانون ١٨٩٨ .

(C. civ. 17 Mars, s. 1937. I. 188. Dans le même sens, Cass 3 Mars 1926, D.P. 1927. I. 93).

٢ـ تعريف فكرة العامل لغرض تطبيق المادة ٢١٠١ مـــن القانون المدنى (Req. 28 juillet 1924. D. Hebd. 1924, 538, s. 1925. I 183)

٣ـ تحديد العقود التى يجب على المتنازل عن المشروع احترامها وفقا لاحكام الفقرة ٧ من المادة ٢٣ من الكتاب الاول لقانون العمل
(Montpellier, 6 février 1933, D. Hebd. 1933, 275).

٤ـ تحديد اختصاص محاكم العمل

(Civ. 5 juin 1935, D. Hebd, 1935, 508, civ. 3 août 1935, D. Hebd. 1935, 523, Soc. 20 ct. 1941, Sem. jur. 1942. II. 1820, note R. Radière).

٥ـ تحديد نطاق تطبيق قواعد اعادة التعيين الاجبارى للعمال المعبئين للخدمة العسكرية (Dijon, 25 Mars 1942, D. Anal 1942, 93) .

٦ـ تطبيق قانون ١٤ مارت ١٩٤١ الخـــاص بتقاعد شيوخ العمـــال (S. Soc. 7 Mai 1943, 5. 1943. I. 103) .

ونظام مكاتب التشغيل (C. Crim. II Juin 1953, s. 1954, I. 61)

ولكنه ، مع ان القضاء يتبنى على العموم المعيـار القانونى ، تأثر بالاتجاه المؤيد للمعيار الاقتصادى ، حيث يبدو أحيانا حـرا فى تحليل التبعية القانونية ، مثال ذلك ، انه لا يستوجب دائمـا قيام صاحب العمل بسيطرة دقيقة على الاجير عنـد اداء عمله ، ويكتفى فى المهن الحرة ، مثـلا ، بتحقق بعض الاتكال الثانوى : كأوقات الزيارات المفروضة على الطبيب ، ومراجعة الفنان لبعض المقاطع اجباريا ... الخ • وحتى ان القضاء يضفى أحيانا عـلى بعض شروط العقد قيمة الدليل على وجود التبعية ، فقد حكم ، مثلا ، ان شروط تأجيل دفع العمولة الى الممثل التجارى الى تاريخ تسديد الثمن المستحق على الزبائن ، يثبت التبعية •

(S. Soc. 15 Juillet 1953, ICE 1954, p. 20)

لقد غدت التبعية فكرة نسبية تتوقف على ظروف القضية(١) •

ب ـ المعيار الاقتصادى :

لا تصادق فكرة التبعية فى الفقه والقضاء وحدهما ، وانمـا أخذت تكرس أكثر فأكثر سواء فىقانون الضمان الاجتماعى الحديث أم فى قانون العمل بالمعنى الدقيق • يذكر بين القوانين المتعلقـة بالضمان الاجتماعى :

١ ـ القانون بمرسوم الصادر فى ٢٨ تشـرين الاول ١٩٣٥ الذى يمنح سلسلة من العمال الضعفاء اقتصاديا ، الذين لا تتوفر فيهم التبعية القانونية ، الانتفاع من بعض الضمانات الاجتماعية •

---

(١) انظر Grun et Galland (p. 233-234, Beudant (No. 21) Encyclopédie Dalloz, p. 639 No. 34.

ان هذا المرسوم يعتبر الاشخاص الذين يشتغلون فى المنازل والجوالة والممثلين التجاريين وسواق السيارات العامة وحمالى الامتعة وعاملات المسارح مؤمنين اجباريا ٠

٢ـ مرسوم ١٩ تشرين الاول ١٩٤٥ حول الضمان الاجتماعى الذى تنص مادته الثانية على ان « يعتبر جميع الاشخاص الذين يحملون الجنسية الفرنسية ، مهما كانت اعمارهم ، سواء أكانوا أجراء أم يشتغلون بأية صناعة كانت أو فى أى محل كان ، وسواء اشتغلوا لدى صاحب عمل واحد أو أصحاب أعمال متعددين ، مشتركين فى صندوق الضمان الزاميا » ٠

٣ـ ان قانون ٣٠ تشرين الاول حول المخاطر المهنية ينطبق على « كل شخص أجير أو يعمل بأية صفة أو فى أى محل كان لحساب صاحب عمل واحد أو عدد من أصحاب الاعمال أو رؤساء المشاريع »٠

ويذكر من بين القوانين المتعلقة بتطبيق قانون العمل بالمعنى الدقيق :

١ـ قانون ٢٩ آذار بشأن نظام الصحفيين المحترفين ٠ وهو يضفى هذه الصفة على الاشخاص الذين يستمدون « الموارد الاساسية الضرورية لمعيشتهم » من نشاطهم الصحفى (المادة ٢٩ من الكتاب الاول من قانون العمل) ٠

٢ـ قانون ١٨ تموز ١٩٣٧ حول المركز القانونى للجوالة والدلالين والممثلين التجاريين ٠ وهو يعترف بوجود عقد عمل بين هؤلاء الاشخاص وأصحاب أعمالهم ، بشروط ، سكتت عن ذكر التبعية القانونية ، منصوص عليها فى المادة (٢٩ ك من الكتاب

الاول من قانون العمل) ٠

٣ـ قانون الاول من آب ١٩٤١ وقانون ٢٨ حزيران ١٩٤٤ ، المتعلقان بعمال المنازل،واللذان يشترطان للافادة من حقوق العامل، بعض الشروط الموضوعية دون ما حاجة الى التحرى عن كون العامل فى المنزل يزاول نشاطه تحت الاشراف المباشر والمعتاد لصاحب العمل ٠

٤ـ قانون ٢ آب ١٩٤٩ الذى جعل نظام الحجز القضائى ينطبق أيضا على كلِ شخص يشتغل بأية صفة كانت ، سواء اشتغل لدى صاحب عمل واحد أو لدى أصحاب أعمال متعددين ٠

٥ـ المقانون بمرسوم الصادر فى ٢٤ كانون الاول ، الذى فرض دفع الاجور بموجب قائمة الصرفلا بالنسبة للاجراء التابعين وحدهم وانما على العموم بالنسبة لكل من يشتغل لحساب الآخرين مهما كانت طبيعة عقده أو صحة نفاذه(١) ٠

يجدر بالذكر أخيرا ان بعض المؤلفين يعارضون استبدال فكرة التبعية القانونية ، من حيث المبدأ ، بالتبعية الاقتصادية هذه باعتبارها عنصرا منشأ أو معيارا لعقد العمل ٠ انهم يعتقدون ان فى ذلك مبالغة ٠ هكذا أدت الصفة الاقتصادية الصرفة لهذا المعيار الى عدم نجاحه ٠

الواقع ، لا يعلم أحد بالضبط متى تبتدىء وأين تنتهى حالة الضعف الاقتصادى للعامل بالنسبة لصاحب العمل ٠ وحرية التقدير

---

(١) انظر Brun et Galland, p. 234-236.

قد تؤدى الى اساءة استعمال الحق ٠

ومن جانب آخر ، لا يحمى القانون الاجتماعى فى أيامنا هذه الاجراء بالمعنى الدقيق وحدهم، أو بعض العمال الضعفاء اقتصاديا، الذين لا يستطيعون الاحتجاج بعقد للعمل ، وانما يتضمن تنظيمات قائمة على أساس التضامن الاجتماعى كالعلاوات العائلية التى تفيد جميع العاملين ، أجراء كانوا أو مستقلين وتفيد حتى البعض من أصحاب الاعمال(١) ٠

وسنرى أخيرا،فى مجرى فصلنا الرابع،ان هذا المعيار لا يسمح بتفريق عقد العمل بسهولة عن العقود المقاربة له ٠

٢ـ حالة التبعية فى القانون السويسرى

بالرغم من عدم النص بصراحة على حالة تبعية العامل فى المادة ٣١٩ من قانون الالتزامات السويسرى كعنصر جوهرى لعقد العمل ، فهى معترف بها سواء فى الفقه أم فى القضاء ٠

أـ التبعية القانونية :

يوجد العامل فى حالة التبعية بالنسبة لصاحب عمله اذا تحقق وضع من الاوضاع التالية :

---

(١) انظر Brun et Galland, p. 236 No. II-35. Beudant No. 20. Encyclopédie Dalloz, p. 639 No. 31, Durand et Vitu No. 135 p. 238.

١ـ التحاق العامل فى مشروع حرفى أو زراعى ، أو خدمة منزلية ٠

٢ـ عندما يكون الخضوع لادارة صاحب العمل ضروريا لتحديد التزام العمل بدقة كبيرة ٠

٣ـ عندما يضع العامل نفسه خلال مدة معينة فى خدمة صاحب العمل ٠

٤ـ طالما لا يمكن الفصل بين طبيعة الالتزام نفسه وبين شخص العامل ، فبالتزام الاخير بالعمل تحت ادارة صاحب العمل ، يدخل بالضرورة فى رابطة تبعية ويخضع نفسه لارادة صاحب العمل ٠

٥ـ ان التزام العامل بالاخلاص لصاحب العمل يمنح هذا الاخير حقا بتوجيه الاوامر والبيانات المتعلقة بتنفيذ العمل فى مختلف مراحل عملية الانتاج فى نطاق المشروع الى الاول(١) ٠

وبالتالى تخرج عن نطاق تطبيق عقد العمل جميع العقود التى لا تتضمن تبعية العامل لصاحب العمل ٠ لهذا يعتبر العمل بموجب

---

(١) انظر Oser-Schonenberger, op. cit. No. 13, p. 1139. Voir aussi Rossel, Manuel du droit fédéral des Obligations, p. 411, 1920. E. Schweingruber, Commentaire du Contrat de travail selon le Code fédéral des Obligations, ad. art. 319 lettre. C. Fick, Commentair du Code fédéral des Obligations, Ier Vol. p. 529, Edouard Eichholzer, FJS 823 No. 4.

عقد المقاولة عملا مستقلا قانونا • ان أوامر السيد لا تتصل الا بنتيجة العمل أو بموعد انجازه ، وانها لا تحكم مدة عمل العامل • كذلك الحال بالنسبة للاوامر المتعلقة بالالتزامات الخاصة بالوكيل، طالما اختلطت هذه الاوامر بالتعليمات التى تعطى وقت تنفيذ العقود الاخرى • مثال ذلك ، ان تسليم محل عقد البيع لا يصف رابطة التبعية الخاصة بعقد العمل(١) •

والقضاء أيضا ينطق دائما فى صالح التبعية باعتبارها عنصرة مميزا لعقد العمل • ان المحكمة الاتحادية والمحاكم الكانتونية تؤكد دائما على حق ادارة ورقابة التنفيذ التى ينطوى عليها عقد العمل •

مثال ذلك : بمناسبة دراسة العلاقة التى تربط مدير النشر لصحيفة بمحررها ابانت المحكمة الاتحادية انه « عكس السيد فى اجارة الخدمات ، لا يهتم المحرر بمعرفة الوسائل التى يحتمل التوصل عن طريقها الى النتيجة المنشودة أو الوقت الذى يكرسه الوكيل لبلوغها أو المصاريف التى تنفق لذلك ، فضلا عن عدم وجود رابطة الاتكال بين المتعاقدين ، حتى ولا رابطة التبعية التى تسم على العموم عقد العمل ، بل يتضح من المراسلات الكثيرة المتبادلة بينهما ، انهما يتعاملان معاملة الند للند • كما ان (فورستر) يعتبر المعلنين كزبائنه الخاصين ويلقب نفسه بمدير النشر للجريدة ، وتلك ليست لغة أو مركزا لعامل »(٢) •

---

(١) انظر Arnold Gysin, op. cit. p. 33.

(٢) انظر ATF du 18 février 1931 (Sem. jud. 1931, p. 310).

وبقرار آخر أعلنت المحكمة الاتحادية بصراحة ان « وجـود رابطة التبعية صفة مميزة لعقد العمل »(١) ٠

ومحكمة العدل المدنية فى كانتون جنيف قضت ، من جانبها ، بان « وجود رابطة التبعية تكون قرينة هامة على وجود عقد العمل، وان علاقة العمل قد توجد وان لم يكرس العامل كل وقته لصاحب عمل واحد »(٢) ٠

مع ذلك ،تؤكد المحكمة نفسها على انه « ان صح ان عقد العمل ينطوى بالضرورة على درجة من اتكال العامل على صاحب العمل ، فمن البديهى ان يتغير ضيق أو شدة هذا الرباط تبعا لطبيعة مهنة العامل والخدمات التى وعد بانجازها(٣) ٠ وترى من جهة أخـرى « ان بامكان الشخص ان يكون مستخدما لدى صاحبى عمل مختلفين دون ان يغير ذلك من طبيعة العقد الذى يربطه بأصحاب العمل»(٤) ٠

ب ـ التبعية الاقتصادية :

يعترف القانون السويسرى كذلك بالمعيار القائم على فكـرة اتبعية الاقتصادية بالنسبة لبعض روابط العمل المتصفة بالتنفيذ

---

(١) انظر ATF du 19 décembre 1947, Sem jud. 1948, p. 231.

(٢) انظر JDT 1948, p. 107, Sem. jud. 1942, p. 249 JDT. 1944, p. 346 et Sem. jud. 1921, p. 229.

(٣) انظر JDT 1953, p. 273 et Sem. jud. 1942, p. 249 et ss.

(٤) انظر Sem. jud. 1942, p. 249.

المتحرر من أية رقابة على الاعمال المتفق عليها • وذلـك لغرض اخضاع اشخاص تتماثل أوضاعهم الاجتماعية والاقتصادية لنفس النصوص القانونية •

لهذا-تبعا لـ Berenstein (١) تم الاعتراف منذ وقت قريب بتكوين العلاقات التى تربط العمال فى المنازل برب العمل عقود عمل ، حتى فى بعض الحالات التى لو اعتمدنا فيها على تعاريف القانون وحدها لكان ينبغى غالبا الاعتراف بوجود عقد المقاولة • لقـــد ارتأى بحق ان يؤخذ فى هذه الحالات الوضع الاقتصادى المتقابـل للطرفين كمعيار للتصنيف •

ان القانون الاتحادى الصادر فى ٤ شباط ١٩٤٩ بشأن عقـد الوكالة ينظم حالة الوكلاء،لا سيما فيما يتصل بالاجر ومدة الانذار ومنع المنافسة ، باتخاذه عقد العمل كنموذج للتنظيم • وشأن هذا القانون شأن قانون العمل ، يحتوى عـلى كثير من النصوص ذات الصفة الآمرة • هذا وجرى أخيرا تعديل لقانون التنفيذ يمنـح الوكيل امتيازا على تفليسة الموكل •

الا ان جميع هذه التدخلال التشريعية لصالح العمال الذيـن لا يرتبطون بعقد العمل بالمعنى الدقيق لا تسمح لنا باعتبار حالة التبعية الاقتصادية معيارا مميزا لعقد العمل بمستوى معيار التبعية القانونيـة •

---

(١) انظر "L'extension de la législation du travail" article public dans la revue "Travail et Sécurité Sociale, october 1949, p. 9 et ss.

ولعقد هذا الفرع نقول اننا نعتقد ان الاعتراف بتطبيق المعيار الاقتصادى ضمان ممتاز لحماية مصالح العمال ، واننا نحبذ مخلصين ان يتدخل المشرع أكثر فأكثر لتشريع المزيد من النصوص لصالحهم كلما استدعى وضعهم الاقتصادى بعض الحماية القانونية بذلك نستطيع فى الوقت نفسه ضمان الرخاء الاجتماعي للملتزمين بمنفعة العمل واحترام سيادة القانون التى لابد من وجودها • أما التعليل القانونى المحض فلا يتفق غالبا مع الواقع • ينبغى ان يرافق كل وضع جديد ينجم عن التعامل تطور تشريعى أو قضائى مقابل • ذلك لان كل قاعدة قانونية تتصل بمجموعة من الوقائع الاجتماعية يستند اليها لوضع أحكام عامة •

الفصل الثالث

تفريق عقد العمل عن العقود التى محلها أمــوال ماديــة

بينا الى الآن فكرة عقد العمل بتحليل عناصرها الاصيلة الخاصة التى غالبا ما تخدم معايير رئيسية لتميزه عــن العقود الاخرى • وهنا يتعلق الامر بتطبيق هذه المعايير لاقتفــاء الحــدود القانونية التى تفصل عقد العمل عن بعض العقود التى محلها أموال مادية • أما تفريقه عن الاتفاقات المتعلقة بالعمل فسيكون موضوعا لفصلنا الرابع •

لما كان جانب من الفقه يرى ان العمل ، العنصر الاساسى لعقد العمل ، مال مادى وان الاجر يجوز دفعه كلا أو بعضا بمنافع عينية (استخدام المنقولات ، والانتفاع بالعقارات) ، حدث خلط أحيانا بين عقد العمل وعقد البيع أو بينه وبين عقد الاجــارة بسبب انصباب هذه العقود أيضا على أموال مادية •

عليه سنفرق فى الفرع الاول من الفصل الحالى بين عقد العمل وعقد البيع ، وفى الفرع الثانى بين عقد العمل وعقد اجــارة الاشــياء •

عقد العمل وعقد البيع

لنذكر ان عقد العمل عقد مستقل يؤلف بنفسه فئة قانونية من فئات عقود القانون المدنى • وبالتالى انه متميز عن عقــد

البيع • الا ان هذا التمييز رفضه مع ذلك بعض الكتاب القدامى الذين اعتبروا العمل بضاعة مماثلة لسائر البضائع • انهم يعتبرون العقد المبرم بين صاحب العمل والعامل عقد بيع لبضاعة ويشبهونه كليا بعقد « بيع وشراء » لشىء من الاشياء •

يؤكد دعاة هذا المفهوم ، وهم انصار المدرسة الحرة ، ان هناك سوقا للعمل كسوق البضائع حيث يبيع العامل عمله مقابل ثمن البيع (اجرته) وفقا لقانون العرض والطلب •

لا ريب فى ان أصل هذا المفهوم يرتقى الى عصر الرق حيث عومل الرقيق باعتباره شيئا وعمله محلا لعقد البيع •

يقدر كولدنبرك ان هذه الفكرة الخاطئة جاءت نتيجة لملاحظة استبدال العامل يوما بعد يوم بالمكائن ، وتضاعف استبدال (رجال الفولاذ) برجال (اللحم والدم) بقدر تضاعف المخترعات العلمية[١] •

ونحن نضيف الى هذه الملاحظة ، ان عمل الانسان ليس شيئا ماديا ، وانما هو نشاط ذاتى منتج ومنظم • أو تبعا لماركس فى رأس المال[٢] أن العمل هو فى المحل الاول فعل يمر بين الانسان والطبيعة • يلعب الانسان فيه بنفسه قبل الطبيعة دور القوة الطبيعية ، فالقوى التى وهبت لبدنه وذراعيه وساقيه ورأسه

---

(١) انظر Goldenberg, La nature juridique des Contrats de travail Thèse de Genève, 1908, p. 85 à 87.

(٢) انظر Le Capital, Ed Sociales, T. 1 p. 180, 1948.

ويديه تحركها لغرض تغيير المواد باعطائها شكلا مفيدا لحياته • وفى الوقت الذى تفعل فيه هذه الحركة فعلها على الطبيعة الخارجية فتغيرها ، تغير طبيعته الخاصة وتطور القابليات السابتة فيـه » ، بينما لا نجد هذا الفعل المتبادل بين الطبيعة و « رجل الفولاذ » ، اذ ليس هذا الا شىء بين يدى رجل « اللحم والدم » لا يملك أية قابلية لتطويرها بفعله •

أما لو اعتمدنا كمعيار للتفريق محل عقد العمل ، وهو محل التزام العامل ، أى قوة عمله ، ومحل عقد البيع ، وهو شىء مادى لفرقنا بسهولة بين هذين العقدين • لكنه ان كان محل كل مـن العقدين معيارا حاسما للتفرقة بينهما ، فان الاستناد على معيارى التبعية والزمن لا يقل أهمية عن ذلك • بينما يضع العامل نفسه فى خدمة صاحب العمل لمدة معينة ، لا يمكن اعتبار البائع تابعا للمشترى • كما ان الوقت المضروب لتسليم الشىء المبيع يلعـب دورا أقل أهمية بكثير فى عقد البيع عنه فى عقد العمل • وأخيرا طالما كان العقدان من عقـود المعاوضات ، ينبغى استبعاد معيـار الاجـر •

والآن لنر كيف يجرى تفريق العقديـن فى التشاريـع التى تؤلف موضوعا لبحثنا المقارن •

أ- فى القانون الفرنسى • تعلل المدارس الاشتراكية والمدارس الحرة ، تبعا لديرون وفتى(١) بطريقة متماثلة لتكييف محل العقد•

---

(١) انظر Durand et Vitu, Traité de droit du travail, T. II No. 128, 1950

ان هذا المحل بالنسبة اليها شيء مادى • لقد كتب ديرون وفتى « ان المدرسة الحرة والمدارس الاشتراكية تقبل بخصوص هـــذه الناحية ذات التحليل • لا يمكن بالنظام الرأسمالى ، على العموم ، استخدام قوة عمل الاجراء مباشرة بسبب الاستيلاء الخاص عـــلى أموال الانتاج ، وانما ينبغى طرحها فى السوق حيث تعامل كمال يباع ويشترى ، فيقبض الاجير ثمن البيع » •

يمكن ان نستنتج من هذا الرأى انه لا يمكن استخدام قـــوة العمل فى النظام الاشتراكى أيضا بحرية بسبب الاستيلاء العـــام على أموال الانتاج • وبالتالى يجب ان تعامل تلك القـــوة بالكيفية التى تعامل بها فى النظام الرأسمالى •

برأينا ان هذا التفسر لا يتفق ومفاهيم تلـــك المدارس الا ظاهريا بسبب ان الاستيلاء على وسائل الانتاج فى النظام الرأسمالى يؤدى الى اعطاء فوائد الانتاج الى المالكين وحدهم تقريبا ، بينما يقسم هذا الربح فى النظام الاشتراكى بين أعضاء جماعة الانتاج •

وكتب ديرون وفتى أيضا : « ان الفقه الحديث قد ترك هذا التحليل ولم يحتفظ به بشكل غريب سوى جزء من انصار المدرسة الكاثوليكية الاشتراكية ، حيث يعتقد بعض الكتاب ان فكرة بيع قوة العمل تصون كرامة العامل أكثر مـــن فكرة الاجارة المنصبة على شخصية الاجير » •

ومع ان بودرى ولاكنتونرى(١) يقران الفـــرق القائم بـــين

---

(١) انظر Baudry-Lacantinerie, précis de droit civil, T. 3. p. 411, 1896.

العقدين الموضوعي البحث ، يعترفان ، عكس ذلك ، بوجود تشابه كبير بينهما بسبب العثور على العناصر نفسها في كلا العقدين : الرضا والمحل ، والسبب ، ويصنفان كالقانون المدني الفرنسي اجارة الخدمات واجارة الاشياء في فئة واحدة .

ان تشبيه عقد العمل بعقد البيع لا يحتمل التحليل القانوني . ذلك لان لكل منهما صفات خاصة ، ولان عمل الانسان التزام بعمل وليس التزاما بتسليم شيء . فلا يوجد في عقد العمل انتقال الى ذمة الدائن كما هو الحال بالنسبة لمحل عقد البيع(١) .

وأخيرا ينطلق شتلان من زاوية أخرى للدفاع عن رأيه في تشبيهه عقد العمل بعقد البيع ، فيؤكد ان العامل يبيع حق ملكيته على ناتج عمله ، وبذا يحاول تجنب المآخذ على انصار تشبيه قوة العمل بمال مادي ، ويعرض نظريته على النحو التالي :

« يثير تنفيذ العمل في روابط صاحب العمل بالعامل مسألة لعائدية الملكية . ذلك بما ان الشيء الذي ينتج في المشروع يكون قد أوجد أو غيرت خواصه لتكوين شيء جديد بفعل العمل ، يكتسب الاجير حق الملكية على المال المنتج . ألم يجعل القانون المدني الفرنسي من العمل طريقة لاكتساب الملكية بموجب المواد ٥٤٦ و٥٥١ و٥٦٥ و٥٧٠ــ٥٧٣ ؟ . ان من آثار عقد العمل نقل هذا الحق في الملكية الى صاحب العمل مقابل الاجر » .

---

(١) لقد أعلن مؤتمر العمل الدولي رسميا عدم امكان تشبيه العمل ببضاعة في المادة الاولى من تصريح فيلادلفي في ١٠ مايس ١٩٤٤ ، انظر :
Bureau International du Travail, Genéve, série relations professionnelles No. 4, I, 1959.

ان هذه النظرية لم تلق نصيبا من النجاح • لقد عانت نقدا شديدا جردها عن كل قيمة قانونية • لوحظ عليها ان المادة ٥٧٠ والمواد التالية المتعلقة باضافة المنقول لا تفترض وجود اتفـــاق ينظم عائدية الملكية بين صاحب المنقول ومنجز العمـــل ، بينمـــا تقوم العلاقة بين صاحب العمل والعامل على مثل هذا الاتفاق • هذا ومن جهة أخرى تقضى المادة ٥٥٥ من القانون المدنى الفرنسى التى تعالج حكم المنشآت المقامة على أرض الآخرين ، باعطاء البناء المنشأ الى مالك الارض •

ويؤخذ على هذه النظرية أخيرا كونها لا تواجـــه سوى مشكلة العامل الذى يشتغل فى مصنعوتمر بصمت بعمل الخدم والمستخدمين واليد العامـــلة(١) •

حالات تطبيقية :

متى يوجد عقد بيع ومتى يوجد بالعكس عقد عمل أو عقد مقاولة ؟ تدق المسألة عند تعلق الامر بشىء لم يصنع بعد وحـــين لا يقتصر العامل على تقديم قوة عمله بل ومادة الصنع كذلك كحالة الاستصناع • يعترف على العموم حينذاك بوجود عقد بيع ، بيد ان الامر يختلف عن ذلك عندما تزيد قيمة العمل بكثير على قيمة مادة الشىء المصنوع • قد يوجد فى هذه الحالة عقد عمل أو عقد مقاولة تبعا لوجود أو عدم وجود العامل فى حالة التبعية بالنسبة للطرف الآخر فى العقـــد •

---

(١) انظر Durand et Vitu, op. cit. No. 128-129et planiol et Ripert, op. cit. No. 778

لقد عالج المشرع هذه المشكلة فى أهم الحالات وهى حالة عمال المنازل • ان القانون الفرنسى الصادر فى ٢٨ حزيران ١٩٤٣ حول الاجور الدنيا لا يأخذ بنظر الاعتبار تجهيز المواد الثانوية ، وحتى فيما يتعلق بالمواد الاولية ، يحتفظ العامل بصفة العامل فى المنزل عندما تباع اليه هذه المواد من قبل صاحب العمل الذى يحصل بالتالى على الشىء المصنوع ، أو من قبل مجهز معين من قبل صاحب العمل ، يلتزم العامل بالتوجه اليه(١) •

ب ـ وفى القانون السويسرى كذلك يستند الفقه وقضاء المحكمة الاتحادية لغرض تفريق العقدين على الاختلاف الجوهرى بين محل البيع القابل للانتقال من ذمة الى أخرى ومحل عقد العمل الذى لا يقبل الانفصال عن شخص العامل •

لنذكر على سبيل المثال التفريق الذى اجراه لون(٢) مع ان هذا لم يتجنب استعمال تعبير (بيع العمل) مع اعترافه بعدم دقته • تتضح الصفة الخاصة لعقد العمل بجلاء ، تبعا له ، عند مقارنة هذا العقد بعقد البيع • بينما يبيع التاجر بضاعته ، يبيع العامل أو المستخدم (ليس بالمعنى الدقيق للكلمة) قدرته على العمل • وان لم يبع التاجر بضاعته حالا ، يأمل فى بيعها عند حلول الموسم المناسب ، بينما يكون الحال أقل نفعا بكثير بالنسبة لمن لا يبيع شيئا ، بل يبيع عمله الذاتى ، ان لم يجد من يطلبه لا يستطيع

---

(١) انظر Planiol et Ripert, op. cit. No. 778, Durand et Vitu, op. cit. No. 129.

(٢) انظر Otto Lang, Commentaire du Contrat de travail Selon le Code fédéral des Obligations No. 1, 1930.

الاحتفاظ به لفترة أفضل •

وأخيرا بينما تكون البضاعة شيئا ماديا قابل الانتقال ، لا يمكن فصل قدرة العمل عن شخص العامل أو المستخدم ، لان هذا يضع مع عمله كل ذاته تحت تصرف صاحب العمل ويعرض نفسه الى المخاطر والآثار الضارة التى قد تنجم عن محل ومواد وآلات العمل•

وتبعا لاوزر شوننبركر(١) « بما ان قوة العمل لا تقبل الانفصال عن شخص من يتصرف بها ، يستهدف عقد العمل بالضرورة شخص المدين بالعمل ، وذلك عكس الحال بالنسبة للعقود التى محلها اداء التزامات مادية • وطالما ينبغى معاملة الاشخاص والاشياء معاملة مختلفة ، ينطوى عقد العمل على عناصر من الحقوق الشخصية •

فضلا عن ذلك ان الالتزامات الفردية لا تتحدد على العموم سلفا فى عقد العمل لاستحالة ذلك تقريبا ، بل تحددها أوامر وآراء صاحب العمل ، وبالتالى يتصف هذا العقد بتبعية خاصة جدا من جانب العامل ، بينما لا يتضمن الالتزام بتسليم الشىء المبيع رابطة تبعية مماثلة لرابطة عقد العمل(٢) •

وأخيرا مع ان هناك دائما أو تقريبا لدى الطرف الذى يبيع فى عقد البيع عملا للاداء ، يلاحظ ان ليس لهذا العمل سوى أهمية ثانوية لا جدوى من الاهتمام بها(٣) •

---

(١) انظر Oser/Schonenberger, op. cit. No. 13, p. 1120.

(٢) انظر Arnold Gysin, op. cit. p. 33, lettre b

(٣) انظر Becker, op. cit. p. 308, No. 10.

قضت المحكمة الاتحادية فى احدى القضايا تحت سلطان قانون الالتزامات لعام ١٨٨١ « بأن العقد الذى يلتزم بموجبه أحد الطرفين باطلاع الطرف الآخر على سر صناعة مقابل حصة فى أرباح الاستثمار لا يكون عقد بيع ، بل عقد عمل • وذلك لان سر الصنع لا يمكن ان يكون محلا لعقد بيع »(١) • وقضت عكس ذلك « بأن بيع الاختراع وبيع الحق المالى الذى تمثله البراءة ليس عقد مقاولة أو عقد عمل حتى وان اقتضى صنع الآلة محل الاختراع »(٢) •

الفرع ٢

عقد العمل واجارة الاشياء

أ- فى القانون الفرنسى

١- عرض نظرى :

يقرب مشرعو القانون المدنى الفرنسى بين اجارة الاشياء واجارة العمل من جهة ويخلطون بين اجارة الخدمات واجارة العمل من جهة أخرى • فقد نصت المادة ١٧٠٨ على وجود نوعين من عقود الاجارة ، اجارة الاشياء واجارة العمل •

---

(١) انظر ATF, 16, p. 406,23, p. 220, RGP 8 No. 85, 15 No. 62.

(٢) انظر Z.R.I, No. 155, cit/ par Fick, op. cit. p. 324.

عرفت المادة ١٧٠٩ اجارة الاشياء بانها « عقد يتعهد بمقتضاه أحد الطرفين بجعل الطرف الآخر يتمتع بشىء خلال زمن معين مقابل ثمن معين يتعهد هذا بدفعه اليه » ٠

والمادة ١٧١٠ عرفت اجارة العمل باعتبارها « عقدا يتعهد بموجبه أحد الطرفين بأن يعمل شيئا للطرف الآخر مقابل ثمن يتفقان عليه » ٠ وأخيرا ان المادة ١٧٧٩ ، كما سبق ورأينا ، تعتبر عمل الذين يتعهدون بخدمة شخص آخر كضرب من اجارة العمل والصناعة ٠ لكن لم هذا التقريب بين فئتين من العقود متميزتين تماما ، ولم هذا الاضطراب فى تصنيفهما ؟

يعترف الكتاب(١) ان أصل هذا اللبس يعود الى العهد الرومانى ويقولون انه متأت من واقع تشبيه الانسان فى عهد العبودية الرومانى بشىء قابل للبيع وعلى الاخص قابل للتأجير ٠ فقد اعتبر الانسان فى الوقت نفسه محلا وسببا للاجارة وبدت اجارة العمل كعقد لاجارة الاشياء التى كانت تقابل باجارة العمل ٠ فلولا وجود الرق فى العهد الرومانى لكان من المحتمل جدا عدم حدوث الخلط بين اجارة الخدمات واجارة العمل ٠

يتضمن هذا المفهوم الموحد للاجارة فكرة معاملة العمل كسائر

---

(١) انظر Durand et Vitu, op cit. No. 130, Baudry-Lacantinerie, op. cit. No. 657, Paul Colin, De la détermination du mandat salarié. Thèse, Paris 1931, p. 19. Louis Josserand, Cours de droit civil positif français, T. II, No. 1260, 1939, Colin et Capitant, op. cit. No. 728. Martini, op. cit. p. 230, Mazeoud Leçons de droit civil, T. 3, p. 887 No. 1047, 1960.

الاموال ، ولكنه يستبعد الصفة الشخصية اللصيقة بعقد العمل[1].

أما اليوم فيستند للتفريق بين عقد العمل واجارة الاشياء الى المعايير التى تسمح بتفريق عقد العمل عن البيع وهى محل العقد وحالة التبعية . أما معيارا الزمن والاجر فبما انهما يكونان فى الوقت نفسه عنصرين أساسيين لعقد العمل وعقد الاجارة فلا يمكن استخدامهما كمعيارين للتفرقة بين العقدين .

فبينما يكون محل عقد العمل ، كما رأينا ، قوة العمل التى لا يمكن فصلها عن شخص العامل ، يتألف محل اجارة الاشياء من مال مادى قابل للتأجير بصورة مستقلة عن شخص المؤجر .

ولكن ذلك لا يحل الاشكال كله ، اذ من المؤكد انه يجوز تطبيق المادة ١٧٠٩ المذكورة اعلاه على اجارة الخدمات واجارة الاشياء المادية فى الوقت نفسه . ذلك لان كلمة شىء عامة جدا ويمكن ان تعنى حتى قوة العمل . الا ان النصوص القانونية المتعلقة بعقد العمل تظهر بوضوح التقابل ما بين هذا العقد واجارة الاشياء ، كما لا يوجد احتمال للخلط ما بين المؤجر الذى يتعهد بالتخلى عن استعمال شىء مادى والاجير الذى يتعهد بتجهيز قوة عمله . بالعكس يبدو ان التفريق بين الاجير والمستأجر صعب التحقيق أحيانا ، ذلك لان الاجر قد يتألف من تعويض عينى (الانتفاع بمال) ولان الاجير قد يتصرف بحرية كبيرة فى استعماله لآلة صاحب العمل ، وأخيرا لان المستأجر قد يدفع جزءا من بدل الاجارة عينا بتقديم الخدمات الى المؤجر .

---

(١) انظر Colin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, T. 2, 8e éd. No. 728, 1935.

لقد ازدادت صعوبة التفريق بين عقدى العمل والاجارة بسبب الجهود التى بذلتها الاطراف المتعاقدة للخضوع تارة الى تشريع الاجارة وتارة الى تشريع العمل تبعا لظهور افضلية الاحكام بالنسبة لطرف أو آخر .

يمكن التوفيق أحيانا بين الاجارة وعقد العمل وذلك حينما يقوم صاحب العمل باسكان الاجير مع ان عمله لا يستوجب الاسكان فى المؤسسة . يجرى التفريق عندئذ بموجب المحل الرئيس لالتزامات الاطراف المتعاقدة . رغم ذلك هناك بعض الحالات قد يحصل تردد بشأن تكييفها .

وأخيرا لزم المشرع التدخل لتنظيم عدد من الحالات التى هى مثار الشك(١) سنعرضها فى أدناه :

ولغرض الانتهاء لنذكر ان معيار التبعية يستخدم للتغلب على صعوبات التفريق . المستأجر خلافا للاجير مستقل . ان أهمية هذا المعيار تبدو فى دراسة بعض الحالات التى أدت الى وقوع منازعات، كالوضع القانونى لسواق التاكسيات ، ونظام البوابين واجارة العامل الزراعى وعقد المزارعة ومركز مدير الاموال التجارية .

٢ـ حالات تطبيقية :

أـ المركز القانونى لسواق التاكسيات :

هل ينبغى النظر الى الاتفاق الذى يربط سائق عربة بشركة

---

(١) انظر Rivero et Savatier, Droit du travail, Paris, 1960, p. 265.
Voir également sur les cas douteux, la thèse de G. Vivier, la fourniture de logement au Salarié par l'employeur, Nancy, 1949.

تملك العربة ، عقد عمل ، أم ان هذا اجارة أشياء ، العربة تؤلف الشيء المأجور ؟

تبعا للقضاء القديم وجب حكم الروابط التي تربط السواق بالشركات بأحكام عقد اجارة الاشياء طالما ان السواق يزاولون نشاطهم على ما يبدو دون الخضوع الى تعليمات الشركات المستثمرة، ويتصرفون بالسيارات بحرية وينقلون الركاب وفقا لمشيئتهم ·

ان هذا الحل قد أورث نتائج سيئة للسواق الذين لم يخضعوا الى قانون العمل (C. Req. 9 déc. 1931, s. 1932, 1, 47) وحتى قضى بان بعض السواق مسؤولون شخصيا في حالة وقوع الحوادث باعتبارهم حراسا لسياراتهم طبقا للفقرة الاولى من المادة ١٣٨٤ من القانون المدني · واثر احتجاجات شديدة من جانب المعنيين اتجهت المحاكم ومن ثم المشرع نحو تكييف لعقودهم مخالف للتكييف السابق(١) ·

لقد فقد النقاش كثيرا من أهميته منذ أخذ تشريع التأمين الاجتماعي بتشبيه سواق السيارات بالاجراء أيا كان العقد الذي يربطهم بالشركات المستثمرة · هكذا : ان تشريع التأمينات الاجتماعية (المواد ٣ ، ٤ من مرسوم ١٩ تشرين الاول ١٩٤٥) وتشريع حوادث العمل (٣٠ تشرين الاول ١٩٤٦ مادة ٢ـد) جعلا سواق السيارات العامة التي يخضع استثمارها لتعرفة نقل موضوعة من قبل السلطة العامة،يفيدون من حق الضمان الاجتماعي بشرط الا يكون هؤلاء السواق مالكين لسياراتهم · وقانون ٢٢ آب

---

(١) انظر Brun et Galland No. 11-58. Encyclopédie Dalloz, p. 741 No. 17 b. R. Savatier, Cours de droit civil, T. 2. Paris 1944 No. 839.

١٩٤٦ يعتـرف بمنح المخصصات العائليـــة الى جميع الاشخاص الذين يمارسون نشاطا مهنيا دون ان يتطلب ابرام عقد عمل(١) ٠

ومهما يكن يجب التحرى دائما عما اذا كان السائق الاجـير يوجد فعلا فى حالة التبعية بالنسبة للمشروع الذى يضع العربـة تحت تصرفه بموجب الاتفاق ٠ فان تأيد ذلك نكن أمام عقد العمل والافلنا شأن مع عقد اجارة العربة(٢) ٠

الا ان صعوبة تكييف العقد تتأتى فى هذه الحالة من الحريـة الكبيرة التى يزاولها السائق فى تنظيم نشاطه ٠ ان هذه الحرية قليلا ما تتوافق مع رباط التبعية ، الصفة الاساسية لعقد العمل(٣) ٠
تبدو تبعية العامل فى الحالات المماثـــلة برقابـــة الواردات وباشـراف المفتشـين (Civ. 15 nov. 1945, Rec. Gaz. Bal. 1946. 1, 13) أو بالالتزامات التـى (Civ. 15 nov. 1945, Rec. Gas. Bal. 1946. 1. 13) تترتب على سواق التاكسيات من التنظيم الادارى للشركة ٠ ويجوز ان تؤخذ ظروف أخرى بنظر الاعتبار ٠ مثال ذلك « ان واقـــع اختيار سائق العربة من قبل المتعهد لسياقة عربته يثبت ان الاول مرؤوس للثانى » ٠ الرأى المغاير يؤدى الى الحكم بان المتعهـــد لا يسأل عن حوادث سائق العجلة ، وهذا ظلم ، وان السائق يلتزم

---

(١) انظر Accidents du travail No. 794. Cotisation de sécurité Social No. 45. Durand et Vitu, T. 11 No. 131. Encyclopédie Dalloz, p. 741 No. 23.

(٢) انظر Rouast et Givard. Traité des accidents du travail No. 72. Durand et Vitu, T. 11 No. 131, Planiol et Ripert, op. cit. No. 780.

(٣) انظر Rivero et Savatier, Droit du travail, p. 266.

بتصليح العجلة ويسأل عن صيانتها ، وهذا لا يقل ظلما • وأخيرا ان واقع ذكر أسم شركة النقل ، على العموم ، على العربة ، يعرب عن نية الشركة بجعل الاغيار يعترفون بان السائق مستخدم لديها »[1] •

لنعقد هذا النقاش بملاحظة ان طبيعة العقد مسألة وقائع • كل شيء يتوقف على البنود التى اشترطها المشروع صاحب العجلات •

ب ـ نظام البوابين :

ان البوابين بموجب قانون ١٣ كانون الثانى ١٩٣٩ ، اجراء معينون لخدمة صاحب الملك أو المستأجر الرئيس • وبالنظر لسكناهم فى العقار يكلفون بضمان حراسته ورقابته وصيانته ليلا ونهارا[2] •

ان واقع انتفاع شخص من أجر مخفض بسبب عمله كبواب يثير صعوبة بالنسبة لتكييف عقده مع صاحب العقار • ان القضاء شبه البوابين بكل بساطة بالخدم المأجورين المرتبطين بشخص •
(Paris, 18 février 1919, J.G. VI-2-80, Paris 7. 2. 1920 J.G. 2. 144 notes).

ولكن هذا القضاء قد ترك ، ذلك لان الخدم وعمال الخدمة على العموم يرتبطون بشخص صاحب العمل ، وهذا ما لا يتفق مع وضع البوابين[3] •

---

(١) انظر Baudry et Lacantinerie et Wahl, cité par Martini, La notion du contrat de travail, Thèse 1912, p. 106.

(٢) انظر Durand et Vitu, T. II No. 131.

(٣) انظر Pierre Mars, Le contrat de conciergerie, 1936, p. 17.

ومن جهة أخرى ، ان واقع كون التعويض يتألف بشكل اساسى من تعويض عينى ، فسح مجال المناقشات لمعرفة ما اذا كان العقد عقد عمل يتضمن أجرا عينيا (الاسكان) أم بالعكس عقد اجارة تتكون الاجرة فيه من التزام عينى مقابل (خدمات البوابين)(١) ٠

تظهر فائدة التكييف عند فسخ العقد ٠ فلو كيف العقد باعتباره عقد عمل لمدة غير محددة أمكن فسخه بالارادة المنفردة لاحد الطرفين بشرط الانذار ٠ أما لو اعتبر عكس ذلك عقد اجارة لخضع الى نصوص الاجارة ٠

بما ان تشريع الاجارة مفيد للمستأجرين فقد ادعى البوابون بانتفاعهم من عقد الاجارة ، ولكنه لم يؤخذ بدعواهم وذلك لان البواب ليس فى الحقيقة الا تابع لصاحب الملك سواء من الناحية الاجتماعية أو من الناحية الاقتصادية ٠ كما ان رباط التبعية قائم كذلك ، اذ لا يعمل البواب الا بأمر المالك ، وقد يعطى هذا الامر مرة واحدة عن جميع المرات ٠ فضلا عن انه قد يحدث الا يدفع البواب بدل الاجارة الى المالك ، بل بالعكس يقوم الاخير بتعويضه٠ الواقع ان هذا التعويض ضئيل الا انه مكمل بتعويض عينى هو الاسكان ٠ فالمحل الرئيس للعقد هو عمل البواب وليس منح السكن الذى لا يعد الا مجرد تابع للعقد ٠

(Paris, 8 février 1919, D. 1920, 7 février 1920, D. 1920, 114).

ويذهب هذا المذهب نصوص قانون ١٣ كانون الثانى ١٩٣٩ المعدل فى سنتى ١٩٥٦ و١٩٥٨ ، ولكن بتكييف نظام البوابين وفقا لخصائص مهنتهم ٠ ان للبواب خاصة حقا بانذار لمدة ثلاثة

---

(١) انظر Rivero et Savatier, Droit du travail, 1960, p. 266.

أشهر فى حالة الفسخ الا اذا ارتكب خطأ فاحشا ، ويتمتع باجازة سنوية تتمثل فيها معاملة خاصة[1] ٠

ينص القانون على ان محاكم العمل ، وبغيابها حاكم الصلح ، مختصة فى النظر بالمنازعات بين البوابين وأصحاب الاملاك ، ولكنه اذا ارتكب البواب خطأ فاحشا يختص حاكم الاحالة وحده بحق الامر بالتسريح والحكم بالطرد (الفقرة ٢ من المادة ٤) و
(Cass. 14 nov. 1952, Drt. ouvr. 1954, p. 64)

ولما كان البواب يرتبط مع المالك بعقد عمل فهو مرؤوس بالنسبة اليه ٠ يترتب على هذا ان المالك مسؤول عن اخطائه تعاقديا قبل المستأجرين وتقصيريا قبل الاغيار (كالسرقة مثلا اذا ما ثبتت رابطة السببية على الاقل)

Ch. civ. août 1951, Bul. 1951, 1. 1951. 1 No 258, p. 201, ch. civ. 29 janv. 1953, Bul. 1953, 11, No. 32, p. 21).

لنذكر أخيرا :

١ـ ان البواب الذى يكرس نشاطه لشخص المالك لا يدخل فى نطاق تطبيق نظام البوابين ويعتبر من خدم المنازل ٠ وعكس ذلك يتمتع بهذا النظام المستخدمون المذكورون فى قرار ٥ تشرين الثانى ١٩٤٩ (JO 6 nov.) ، الذين يحق لهم الحصول على اعمال

---

(١) انظر Le statut des concierges, Q.P. 1950, p. 65. Megret, Le contrat gardiennage d'immeubles de rapport, Thèse Paris 1943, perrier, Le gardiennage des immeubles urbains, Thèse Lyon 1948. Béraud, Annales loyers, 1955, p. 169. Durand et Vitu, Traité de droit du travail, T. 11, 1950, No. 131.

خارج العقار خلال النهار ولا يضمنون حراسة العقار الا ليلا وذلك اعتبارا من تنفيذ قانون ٢١ شباط ١٩٥٨ المعدل للمادة ٢ من قانون ١٩٣٩ ٠

٢ـ لا يخضع بوابو المؤسسات الصناعية والتجارية المكلفون بمراقبة دخول وخروج الموظفين والمستخدمين وجمع البريد ، ولا يخضع ، من باب أولى ، حراس المكاتب البسطاء الى نظام البوابين ٠ انهم اجراء كسائر العمال والمستخدمين فى المشاريع[١] ٠

٣ـ أراد حراس الاملاك ، كما فعل البوابون ، الاحتجاج أحيانا بعقد اجارة الاشياء ، ولكن محاولاتهم قد رفضت بحق[٢]
(C. Soc. 23 mars 1953. Soc. 1953, p. 414. Bul. 1953, IV No. 246, p. 184).

ج ـ عقد المزارعة :

المزارعة ، من حيث المبدأ ، عقد يبرم لاستثمار ملك زراعى ، بين مالك الارض والمواد الزراعية وبين عامل يقدم عمله، واحتمالا بين المالك وبين عائلة بكامل افرادها ٠ يتضمن هذا العقد قسمة الحاصل وتكاليف الاستثمار بين الطرفين المتعاقدين[٣] ٠

ان طريقة دفع الاجور التى تشترط بهذا النوع من العقود

---

(١) انظر J. Brochard, Manuel du contrat de travail 1960, p. 267. No. 347.

(٢) انظر Brun et Galland, Droit du travail, 1958 No. 11-59, Encyclopédie Dalloz, p. 740 No. 59.

(٣) انظر Brun et Galland. Droit du travail, 1958 No. 11-59, Encyclopédie Dalooz, p. 740 No. 59.

تثير مشكلة تكييف . الحقيقة يجوز التساؤل عما اذا كانت الحصة التى يعطيها العامل الزراعى الى المالك تمثل اجارته ، أم يجب اعتبار الحصة التى يحتفظ بها بمثابة أجر لتعويض العمل الذى يقدمه . وبتعبير آخر ، هل العقد تبعا للافتراض الاول عقد اجارة أم هو تبعا للافتراض الثانى عقد عمل ؟ .

يمكن حل الاشكال تبعا لوجود أو عدم وجود رابطة تبعية . ان واقع انطواء الاجارة بالمزارعة على منافع عينية يعطيها العامل الزراعى الى مالك الارض لا يحيلها الى عقد عمل حتى وان انطوت على تعويض حينما يكون هذا التعويض جزءا ملحقا باجارة الحقل . وعكس ذلك ، مع ان التعويض الجزئى للعامل الزراعى بمنافع عينية يقربه من حالة المستأجر ، يبقى أجيرا مرتبطا بعقد عمل ان كان فى وضع تابع للمالك .

المزارع **مستقل** (C. rur. art. 807) ويدير استثماره بنفسه ، الا ان بعض الظروف الخاصة قد تسوغ تمتع العامل الزراعى بقدر من المبادرة ، ولكن ذلك لا يغير شيئا فى طبيعة عقده بالمالك . لقد رأينا ، فى الواقع ، ان ليس من الضرورى ان تكون التبعية تامة .
لم يكن اجراء هذا التفريق منذ عهد قريب بيسير ، ان المادة ٥ من قانون ١٨ تموز ١٨٨٩ منحت المؤجر حق رقابة الاعمال والادارة العامة للاستثمار سواء بالنسبة لطريقة الزرع أم بالنسبة لشراء وبيع الحيوانات .

لقد غدا التفريق واضحا وضوحا بينا بعد صدور مرسوم ١٧ تشرين الاول ١٩٤٥ (المعدل بقانون ١٣ نيسان ١٩٤٦) حيث

فقد المالك المؤجر حق ادارة استثمار الحقل وحصل المزارع منـذ ذلك الحين على حق مزاولة الادارة المذكورة ٠

ان للمزارع باعتباره رئيس استثمار زراعى ، من الناحيـة الاقتصادية ، صفة رئيس مشروع، يلتزم بتحمل مخاطر استثماره ، وله من الناحية الاجتماعية ، صفة صاحب عمل حينما يدفع اجور عماله ومستخدميه ويتحمل قسطه من التكاليف الاجتماعية ٠ وهذه عناصر تسمح بتحديد العقد وتعديل تسميته الخاطئة أو المضللة اذا اقتضت الحال(١) ٠

د ـ مديرو الاموال التجارية :

يجوز ان تدار الاموال التجارية بوساطة أجير مرتبط بعقـد عمل أو بوساطة مدير ـ مستأجر يعطى المال بعقد اجارة ٠

ان التفريق بين الحالتين يصعب أحيانا ، وذلك لان أجر المدير أو بدل اجارة المدير ـ المستأجر تتضمن مساهمة فـى المنافـع ٠ ينبغى اذن التحرى عن قدر الحرية التى يتمتع بهـا المدير لادارة استثماره ٠

---

(١) انظر حول تفريق الاجير عن المزارع :

Poitier, 11 fevrier 1947, D. 1948, 65. Note Savatier, Soc. 18 juil. 1952, JCP 1953, 11, 7433, note Curliac et Juglart, Soc. 6 juin 1958, Rec. Gaz. pal. 1958, 2-115. Rev. trim. dr. civ. 1958, 699. Note Carbonnier, planiol et Rippert, Traité pratique de droit civil français, T. X No. 418 et, T. XI No. 789. Encyclopédie Dalloz, No. 64, Durand et Vitu No. 131-3.

فان ادار المدير الاستثمار حسب مزاجه وتحمل مخاطره ولم يلتزم الا باعطاء جزء ثابت من العوائد لصاحب المال ، نكن أمام اجارة أشـياء تنطوى عـلى بعض القواعد الخاصة(١) . وان زاول المدير نشاطه خاضعا لاوامر المالك الدقيقة ، وجب تصنيفه فـى فئة المستخدمين .

(Ch. Soc. 15 mai 1952, D. 1953, J. 4).(٢)

ب ــ فى القانون السويسرى

١ ــ عرض نظرى :

ذكرنا سالفا ان عقد العمل فى قانون الالتزامات السويسرى (النص الفرنسى لعام ١٨٨١) حمل التسمية نفسها فى التقنين النابليونى لعـام ١٨٠٤ وان أصـل تلـك التسمية فى القانون الرومانى الذى أعتبر عقد العمل كفرع للاجارة .

ان تسويغ هذا الرأى يكمن فى واقع ان اعارة الرق كان يمكن ان تعتبر بجوهرها كتأجير للعبد كله .

أما حاليا فان هذا المفهوم لم يعد يقبل التسويغ . ذلك لان أكثرية الاشخاص القادرين على العمل فى الامم المتطورة يكسبون

---

(١) انظر
Houin, Rev. trim. Dr. com. 1954, p. 21, art. 4 de la loi du 20 mars 1956, Cohen, Le nouveau statut de la gerance libre, JCP 1956, Doct. 1801.

(٢) انظر Brun et Galland No. 11-63, Rivero et Savatier, p. 267.

خبزهم باختيارهم[1] • وان قانون ١٩١١ تخلى أيضا عن تلك التسمية ليختار تسمية (عقد العمل) ، فضلا عن ذلك لقد سميت اجارة الاشياء باصطلاح (الاجارة) وبحثت فى باب غير الباب الذى كرس لعقد العمل • لهذا ان مسألة الخلط فى الاصطلاحات بين العقدين تعرض فى القانون السويسرى أقل مما تعرض فى القانون الفرنسى •

وأخيرا طالما ان المادة ٢٥٣ من قانون الالتزامات السويسرى تعرف الاجارة كما تعرفها المادة ١٧٠٩ من القانون المدنى الفرنسى، أى « عقد يلتزم المؤجر بموجبه بالتخلى عن استعمال شىء مقابل بدل الاجارة » ، وطالما يجوز دفع الاجر عينا كبدل الاجارة ، ويستطيع الاجير التصرف ببعض الحرية فى استعمال أداة العمل كتصرف المستأجر بالشىء المأجور ، يمكن ان نصادف فى القانون السويسرى مشكلة التفريق نفسها بين الاجير والمستأجر كما فى القانون الفرنسى •

الحقيقة ان المحكمة الاتحادية وضعت قاعدة عامة بتصريحها بان العقد الذى يحتوى فى الوقت عينه على نصوص اداء الخدمات واجارة الاشياء يكون اما عقد عمل أو عقد اجارة تبعا لتغلب الالتزامات المميزة لاحد العقدين على الالتزامات المميزة للعقد الآخر (ATF, 27. II, p. 44) •

---

(١) انظر Oser—Schonenberger, op. cit. Nos 2 et 3, p. 1116.

٢ـ حالات تطبيقية

(أ) سائق التاكسى : ما هى الطبيعة القانونية للعقد الذى يربط سائق تاكسى بصاحب العربة فى القانون السويسرى ؟ هل هذا عقد اجارة أم انه عقد عمل ؟ بالرغم من ان مهنة سائق التاكسى تتضمن شيئا من حرية الحركة من جانب من يزاولها ، أوضح القضاء فى مناسبات عديدة بان السائق الذى يشتغل مقابل أجر لمالك التاكسى مرتبط بعقد عمل . ذلك لان نشاطه مشروط وتابع لاوامر وتعليمات صاحب العمل . ان هذه التبعية تظهر فى واقع ان السائق غالبا ما يلتزم اتفاقيا بمراعاة أوقات معينة وتقديم حساب فى كل يوم عن ايراداته وتكريس وقته لصاحب العمل ، وايداع التاكسى خلال الليل فى كراج يختاره الاخير ... وهكذا[١] .

(ب) عقد البوابين : يتوقف تحديد المركز القانونى للبواب على ما يطلبه منه المالك . ذلك يختلف مع كل عمارة . فاولئك الذين يقتصر دورهم على صيانة العقار . لا يتسلمون بالمقابل سوى السكن المجانى أو نصف المجانى ، والآخرون يتسلمون فضلا عن ذلك أجرا ضعيفا[٢] .

لقد قضت محكمة العدل المدنية فى جنيف[٣] بان الاتفاق الذى

---

(١) انظر Sem. jud. 1948, p. 547, 1953, p. 276 et ss.

(٢) انظر Pierre Mars, Le Contrat de conciergerie, Thèse Poitiers, p. 129-193, 1936.

(٣) انظر Sem. jud. 1952, p. 572. Voir aussi Oser-Schonenberger. Notes préliminaires, ad. art. 184-551, Spéc. note 7, p. 783.

بموجبه يستخدم صاحب العمل شخصا آخر بصفة بواب ويضع سكنه تحت تصرفه يجوز ان يكون ـ حسب مقتضى الحال ـ عقد عمل ، لا يكون بنده الذى يضمن السكن سوى شرط ملحق أو اتفاق مختلط يقوم فيه عقد عمل وعقد اجارة دون امكان اعتبار أحدهما ملحقا للآخر .

ان واقع زيادة مبلغ بدل الاجارة أحيانا على أجر البواب لا يكفى وحده ان يرفع عن السكن صفة الشرط البسيط الملحق بعقد العمل ، وان كانت تلك الصفة تصدر عن نص اتفاق بين الطرفين .

وحتى تحت سلطان قانون الالتزامات القديم ، قضت المحكمة الاتحادية بوجود عقد العمل وان كان تعويض الشخص الملتزم باداء العمل عينيا بأكمله : « لا يؤلف العقد الذى يستخدم بموجب أحكامه أحد الاشخاص كبواب ـ بستانى لعقار ويتسلم كتعويض لخدماته سكنا وجزءا من العقار ، عقد اجارة وانما عقد لاجارة الخدمات »(١) .

(ج) عقد المزارعة : قضت المحكمة الاتحادية فى احدى القضايا بأن « العقد الذى يكلف بموجبه راع من قبل كومين (تقسيم ادارى) برعاية قطيع والاشراف على مرعى مقابل السماح له بالتمتع بحقل ، يكون قبل كل شىء عقد عمل لا يخضع فسخه الى

---

(١) انظر ATF du 24 avril 1901, Sem. jud. 1901, p. 476.

قواعد انهاء اجارة ، حقل(١) .

بايجاز ان العناصر الاساسية نفسها لعقد العمل التى تخدم فى القانون الفرنسى فى تفريق هذا الاخير عن عقد الاجارة ، تسمح فى القانون السويسرى بالعبور من احدى الفئتين الى الاخرى . ان هذا يعنى ان قاعدة الحكم هى محل عقد ورباط تبعية أحد الطرفين بالنسبة للطرف الآخر .

لنكرر مرة أخرى ، بينما لا يمكن ان يكون محل عقد العمل محلا قابلا لان يزاول عليه حق الاجارة ، يكون محل الاجارة شيئا ماديا قابلا للتأجير . يقابل ذلك ، بينما يكون المستأجر مستقلا قبل المؤجر ، يكون العامل تابعا لصاحب العمل .

---

(١) انظر ZBJV 29, cité par Rossel, Manuel du droit fédéral des obligations No. 612, p. 398-399, 1920.

الفصل الرابع

تفريق عقد العمل

عن بقية العقود المتعلقة بالعمل

فى الواقع اننا لا نجد انفسنا فعلا أمام مشكلة وجوب معرفة كون ان الروابط تنساب حقيقة أم فى الظاهر فقط عن عقد العمل أو عن عقد محله أموال مادية · بالعكس ان المشكلة تعرض غالبا وتتعقد عند تعلق الامر بتفريق عقد العمل عن عقد محله مزاولة النشاط الانسانى كذلك ولم يخضع مع ذلك لتنظيمات قانون العمل ·

ان مهمتنا فى هذا الفصل هى اذن بيان الحلول المقترحة لازالة اللبس الذى يحدث أحيانا بين البعض من هذا النوع من العقود وعقد العمل · سنجرى هذا التفريق بتطبيق المعايير الرئيسة لعقد العمل ·

ولكن تطبيق أحد هذه المعايير قد لا يكفى لتبديد كل احتمال للالتباس · لذا سيكون ضروريا اذن اللجوء الى مقارنة بعض الصفات الخاصة للعقود الموضوعة البحث أو حتى الاخذ بنظر الاعتبار سلسلة كاملة من المعايير فى وقت واحد ·

سنقسم هذا الفصل الى أربعة فروع نحاول فيها تحديد عقد العمل وعقد المقاولة والوكالة وعقد الشركة وعقد التدريب ·

وسندرس بايجاز فى نهاية كل فرع بعض الحالات موضع الشك •
ولكنه لما كان التفريق لا يستهدف الفن القانونى وحده ، وانمـا
ما يترتب عليه من نتائج قانونية كذلك ، يجب علينا اذن ان نبين
بمناسبة كل تفريق ما يقدمه هذا التفريق من فوائد عملية ، الا
اننا لن نعود الى ذكر الفوائد العامة التى أوضحناها فـى مقدمـة
بحثنـــا •

الفــرع ١

عقــد العمــل وعقد المقاولة

بمناسبة اجراء هذا التفريق توصل الفقه والقضاء الى بيـان
فكرة عقد العمل • ان للعقدين سواء فى القانون السويسرى أم
فى القانون الفرنسى تشابها كبيرا ، ففى أحدهما أو فى الآخـر
يلتزم طرف قبل الآخر بتجهيزه بمنفعة العمـل مقابل عوض • ان
المتعهد مثله مثل الاجير يعد رب العمل بتنفيذ عمل مأجور •

١ـ فائدة التفريق

ان من المهم قبل الخوض فى هذا التفريق ، استعراض الفائدة
العملية التى تترتب عليه •

فى الواقع ان هذه المسألة لم تقدم فى الماضى أهمية بالغة ،
ذلك لخضوع كلا العقدين الى مبدأ استقلال الارادة • ولكن أهميتها
قد ازدادت بقدر ازدياد وضع التشاريع لصالح العمال الاجراء حتى

انها غدت تمثل اليوم أهمية كبيرة • فى ما يلى صورها الرئيسة :

أ- فى ألقانون الفرنسى :

١- يمكن ان يدرك ، من ناحية الضمان الاجتماعى ، وجود تضاد واضح بين عقد المقاولة وعقد العمل • ففى العقد الاول لا يكون السيد مسؤولا بحكم القانون عن كل حادثة تقع للمتعهد وان وقعت خلال العمل المتفق عليه • تطبق فى هذه الحالة المادة ١٣٨٢ من القانون المدنى التى تقضى بان « كل فعل لانسان يسبب ضررا للآخرين ، يلزم من وقع الفعل بسبب خطئه بتعويض الضرر » ، والمبدأ المضمن فى المادة ١٣٨٤ من القانون المدنى الفرنسى التى تنص على ان « يتحمل الشخص مسؤولية الضرر المسبب بفعل الاشخاص المسؤول عن رعايتهم أو بفعل الاشياء الموضوعة تحت رقابته » •

ان مسؤولية رب العمل كانت تتحقق بموجب القانون القديم، اذا أثبت المتضرر وجود خطأ أو اهمال من جانب صاحب العمل ، فلم يكف أثبات وقوع الحادث خلال أو بمناسبة العمل ، بينما بالعكس ان قانون ٩ نيسان ١٨٩٨ حول حوادث العمل حرر الاجير من عبء اثبات خطأ صاحب العمل الذى غالبا ما كان صعبا ان لم يكن مستحيلا • انه يلقى على عاتق رب العمل تبعة الخطر المهنى ، أى الالتزام بتحمل تعويض الاضرار التى تلحق بالاجير بسبب الحوادث التى تقع خلال مزاولته لمهنته ، عدا ما يسببه عن قصد من الحوادث •

وتلى قانون ١٨٩٨ بقانون ١ تموز ١٩٣٨ الذى قضى بتطبيق تشريع حوادث العمل على جميع المهن دون تمييز بينها •

ولكن الضمان الاجتماعي ينطبق بموجب أحكام مرسوم ١٩ تشرين الاول ١٩٤٥ حول التأمينات الاجتماعية وقانون ٣٠ تشرين الاول ١٩٤٦ حول حوادث العمل على « كل شخص أجير أو عامل بأية صفة أو مكان كان ، لحساب صاحب عمل أو رئيس مشروع واحدا أو متعددين » • ان هذا النص فيه بعض الغموض ويتخطى مجال تطبيق عقد العمل ويبدو انه يشير الى مفهوم اقتصادى واجتماعى ، مفهوم أدى الى ان يشبه بالاجراء أولئك الذين يشتغلون لحساب الآخرين دون ان يكونوا مرتبطين بعقد عمل (بعض العمال فى المنازل على سبيل المثال)[1] •

ان أمثال هذه النصوص التى تستهدف حماية العمال تسوغ بواقع ان هؤلاء ينجزون أعمالهم تبعا لتعليمات أرباب العمل وطبقا لاوامرهم ، بينما يجرى الامر معكوسا بالنسبة للمقاول الذى مع تلقيه تعليمات معطى العمل لا يخضع لسلطانه •

٢ـ لا يسأل العامل الاجير عن خسارة الشىء ، محل الالتزام ، ويؤجر عن عمله • بينما ليس للمقاول حق بتعويضه الا بعد ما يدقق العمل ويقبل أو عند تقصير صاحب العمل (المواد ١٧٨٨ ـ١٨٩٠) •

٣ـ يتمتع الاجراء بموجب المادة ٢١٠١ من القانون المدنى ومستخدمى التجارة بموجب المادة ٥٤٩ من القانون التجارى

---

(١) انظر حول هذه المسألة Rouast et Durand, Précis No. 399 et 449, un arrêt de la Cour de Cassation du 19 décembre 1949, (D. 1950, 209, Note A. Rouast, planiol et Ripert, T. XI, No. 768-90. Brun et Galland No. 11-46-40).

بضمان عام على منقولات رب عملهم لضمان تعويضهم ، بينما ليس للمقاول على العموم ضمانات مماثلة ، باستثناء المعماريين والمقاولين الذين يشيدون البنايات ، وهذه الحالة الوحيدة التى ينتفعون فيها من أمتياز قانونى على البناية (المادة ٢١٠٣ فقرة ٤ ، مدنى فرنسى) ٠

٤ــ تتقادم ديون الاجراء ، ومؤنة العمال بمدة ستة أشهر (المادة ٢٢٧١ فقرة ج من القانون المدنى) وديون الخدم بسنة (المادة ٢٢٧٢ فقرة ٣ج مدنى) أما المبالغ المستحقة للمقاولين والديون فلا تنطفىء تبعا للقانون العام الا بنهاية ٣٠ عاما ٠

٥ــ لا يتعلق الاعفاء من رسوم الطوابع والتسجيل الا بعقد العمل (أنظر المادة ١٩ من الكتاب الاول من قانون العمل المادة ١٣٦٠ من القانون العام للضرائب) ٠ ومن جهة أخرى ، لا تشخص الارباح المترتبة عن عقد العمل وعقد المقاولة فى الحقل الخاص بالضريبة ولا بذات الفئة بالنسبة للضريبة العامة على الدخل[١] ٠

٦ــ ان القواعد الضامنة لاجر العامل لا تتعلق كقاعدة عامة ، الا بتعويض الاجير ولا تخص ربح المقاول ٠ غير ان قانون ٢ آب ١٩٤٩ بأخذه التبعية الاقتصادية بنظر الاعتبار وسع نطاق تطبيق منع الحجز الجزئى على الاجور ليشمل تعويض جميع من يشتغل بأية صفة كانت ، لحساب صاحب عمل واحد أو أصحاب أعمال متعددين،

---

(١) انظر J. Lescudier, La notion juridique de salarié. Thèse, Paris 1931, p. 42 et ss, planiol et Ripert, T. XI, 1954 No. 768-8, Beudant, Cours de droit civil, 2e éd 1947 No. 15-11. Encyclopédie Dalloz, p. 638 No. 27-70.

وأيا كانت طبيعة عقودهم (الفقـرة أ من المـادة ٦٠ من الكتاب الاول من قانون العمل) ·

٧ــ ان القواعد المتعلقة بخرق العقد تختلف باختلاف العقدين·

ينبغى على صاحب العمل الذى ينهى عقد عمل لمدة غير محددة ان يعطى انذارا للاجير والا استحق عليه تعويض قطعى يعـادل مبلغ الاجر الذى يحتمل دفعه للاجير خلال مـدة الانذار (المـادة ١٧٨٠ من القانون المدنى) ، بينما لا يلتزم صاحب العمل الذى يستعمل صلاحية الفسخ المشترطة فى حالة العمل القطعى باعطاء انذار الى المقاول ، وانما يلتزم بتعويض الاخير تعويضا تاما (المادة ٧٩٤ من القانون المدنى) ·

ويلاحظ أيضا ان فسخ العقد من قبل طالب العمل لا يحـدث الا بصورة استثنائية ، بينما غالبا ما يقع الفسخ من جانب واحد فى عقد العمل ذى المدة غير المحددة(١) ·

ب ــ فى القانون السويسرى

١ــ تخضع مسؤولية صاحب العمل قبل غيره عن الضرر المسبب بفعل عماله عند تنفيذهم لاعمالهم الى حكم المـادة ٥٥ من قانون الالتزامات ، بينما تخضع مسؤولية طالب العمل فى عقد المقاولة الى المادة ٤١ وما يليها من قانون الالتزامات · لكنه يجوز ان تقوم

---

(١) انظر Beudant, No. 15-20. Capitant et Cuche, Précis de Législation industrielle, 1936 No. 138. Brun et Galland No. 11-46. planiol et Ripert, T. XI, 1954 No. 768-20.

مسؤولية صاحب العمل التعاقدية الناجمة عن عقد العمل الى جانب مسؤولية العامل بموجب المواد ٤١ وما يليها ، أى المسؤولية عن الاعمال غير المشروعة

(RGP 12 No. 131, ATF 20, p. 487 et 1129, 22 p. 1225, 26, II, p. 58, 29, II, p. 503. Bern. Jur. Ver. 30, p. 322 et 39 p. 287). (١)

٢ـ يسأل المقاول عن التنفيذ التام للعمل ، بينما لا يسأل العامل الا عن العمل الذى ينفذه وفقا لتوجيهات صاحب العمل (المواد ٣٢٨ و٣٦٤ من قانون الالتزامات)(٢) ·

٣ـ ينتفع الاجر فى عقد العمل من بعض الضمانات وفق النصوص القانونية التالية :

(أ) تنص الفقرة ٢ من المادة ١٢٥ من قانون الالتزامات على ان الاجر ضرورى لاعاشة الاجير وعائلته · فلا يجوز ، من حيث المبدأ ، مقاصة دين النفقة · وقد أعيد النص على هذه القاعدة ، مع مراعاة بعض التحفظات ، فى المادة ٣٤٠ من قانون الالتزامات ·

(ب) لا يسمح قانون التنفيذ بالحجز الا بقدر لا يتجاوز الحد الادنى الضرورى لضمان معيشة المدين وعائلته (المادة ٩٣) ·

(ج) يتمتع الخدم والكتاب والمستخدمون فى المكاتب والمياومون وعمال القطعة وعمال المصانع ، بامتياز من الدرجة الاولى منصوص عليه فى المادة ٢١٩ من قانون الاجراء فى حالة الحجز أو الافلاس·

---

(١) انظر A. Schneider et H. Fick, op. cit. p. 532, No. 97.

(٢) انظر أيضا l'ATF 16, p. 763.

(د) وأخيرا ينطبق المبدأ المعروض فى المادة ١٦٤ من قـانون الالتزامات ، القاضى بمنع التنازل عن الديون وفقا لطبيعة القضية على الحد الادنى الضرورى لمعيشة المدين ، وفقا للرأى السائد .

٤ـ تتقادم دعاوى الحرفيين وكتبة ومستخدمى المكاتب والخدم والمياومين والعمال ، بشأن أجورهم بمرور خمس سنوات (المادة ١٢٨ من قانون الالتزامات) ، بينما تتقادم بقية جميع الدعاوى بمرور عشر سنوات الا اذا نص القانون المدنى الاتحادى على خلاف ذلك (المادة ١٢٧ من قانون الالتزامات) .

٥ـ يلتزم المقاول ، خلافا للعامل ، (المواد ٣٣٨ و٣٦٤ فقرة ٣ من قانون الالتزامات) بالحصول على الوسائل والمكائن والادوات التى يتطلبها تنفيذ عمل المقاولة على حسابه الخاص ، ما لم يوجد عرف أو اتفاق مغاير[١] .

٢ـ معايـير التفريـق

لقد تعرفنا سابقا (الفصل الاول) على تعريف عقد العمـل سواء فى القانون السويسرى أم فى القانون الفرنسى . بقى علينا التعرف على تعريف عقد المقاولة لاقتفاء الحد الفاصل بين العقدين والتمكن من استخلاص معايير التفرقة بينهما .

ان اجارة العمل ، وفقـا للمـادة ١٧١٠ من القانون المدنـى الفرنسى ، هى اتفاق يتعهد بمقتضاه أحـد الطرفين بعمل شـىء

(١) انظر حول نفس النقطة مجلة
"Droit du travail et Assurance - chômage", I-II, 1953-1954, p. No. 38.

للطرف الآخر مقابل ثمن يتفقان عليه ٠

كما ان المادة ٣٦٣ من قانون الالتزامات السويسرى تعرف عقد المقاولة بانه « عقد يلتزم بموجبه أحد الطرفين (المقاول) بتنفيذ عمل مقابل ثمن يتعهد الطرف الآخر بدفعه اليه » ٠

يبدو للوهلة الاولى من هذه النصوص أن محل عقد المقاولة مماثل لمحل عقد العمل (عمل مقابل أجر) ٠ وهنا تكمن صعوبة التفريق ٠

وللتغلب على هذه الصعوبة اقترحت عدة معايير ، ولكن لا يمكن ان يكون أى منها معيارا مقررا وحده ٠ لنستعرضها ونختبر أيضا الحجج المؤيدة والحجج المعارضة لتطبيقها ٠

١ــ معيار طريقة التعويض :

يرى جزء هام من الفقه الفرنسى فى القرن التاسع عشر ان التفريق ينبغى ان يجرى على أساس احتساب تعويض العمل وفقا للزمن المكرس للعمل أو وفقا لاهمية العمل ٠ هناك عقد عمل حينما يحتسب التعويض على أساس الزمن الذى كرس للعمل وعقد مقاولة حينما يحتسب تبعا لاهمية العمل ٠

لقد قدر هؤلاء الكتاب ان اضفاء صفة المقاول تبعا للقانون المدنى يجوز لا بالنسبة لرئيس المشروع الذى يستخدم العمال فحسب ، وانما أيضا بالنسبة لغيره من العمال المستقلين ، أيا كان وضعهم الاقتصادى والاجتماعى طالما يعوضون وفقا لكمية أو نوعية العمل الذى يؤدون ٠

هناك اختلاف بالنسبة للعمال البسطاء الذين يعوضون حسب الزمن المكرس للعمل ، سواء قدرت اجورهم حسب الساعة أو اليوم أو الشهر أو السنة ٠

تلك أيضا، تبعا لمازو، وجهة نظر قانون الالتزامات السويسرى (المواد ٣١٩ و٣٦٣)(١) ٠

مع هذا تجب الملاحظة انه يجوز أن يكون هناك عقد عمل فى القانون السويسرى حينما يدفع الاجر تبعا للعمل المسلم كذلك (المادة ٣١٩ فقرة ٢) ٠

انتقـــادات :

ولكن هذا المعيار منبوذ باجماع الفقه الفرنسى الحديث(٢) ومن قبل بعض الكتاب السويسريين(٣) ٠

---

(١) انظر Mazeaud. Leçons de droit civil, T. 3 No. 1332, 1960.

(٢) انظر Colin et Capitant, T. 2, éd. 8, No. 701. planiol et Ripert No. 770 Ripert et Boulanger, Traité de droit civil, T. III, 1958 No. 2067, Capitant et Cuche No. 139. Brun et Galland No. 11-48. Durand et Vitu, T. 2 No. 134. Rouast et Durand, Précis No. 311. Rivero et Savatier, p. 267 et 268 Beudant No. 17.

(٣) انظر Goldenberg, De la nature juridique du contrat de travail. Thèse Genève 1908, p. 34 et ss. A. Richard, Le contrat de travail en droit suisse, 1913, p. 60. Guhl.

يتخذ موقفا معتدلا بقوله ان فكرة الزمن فى عقد المقاولة تتأتى فـــى ←

لقد لوحظ ان معيار طريقة التعويض غير مؤكد ، ذلـك لان المقاول عندما يشتغل بنفسه ، ليس هو فى الغالـب سوى عامـل قطعة ، وضعه الاجتماعى يقترب كثيرا من وضع العامل البسيط . ان طريقة احتساب الاجر بموجب القطعة تأخذ دائما بنظر الاعتبار قدرة انتاج العامل خلال وحدة الزمن . وهى لا تختلف عن الاجر بمعدل الزمن الا بكونها تدفع العامل الى تعجيل العمل . والاجر يبقى مع ذلك أجرا لا علاقة بينه وبين ربح المقاول .

فضلا عن ذلك قد تتوافـق هاتان الطريقتان حـين يضاف الى الاجر الاساسى المحتسب بنسبة الزمن تعويضات عــن الانتاج . ويلاحظ أحيانا ان بعض الاعمال التى تنجز فى ذات المصنع تنفذ تبعا لطبيعتها حسب الزمن أو حسب القطع .

وبالتالى يتساءل البعض لماذا يحمى العامل الذى يشتغل حسب الزمن بقوانين اجتماعية ، ويحرم من هذه الحماية رفيقـه الـذى يعمل حسب القطعة .

يجمل فى هذا المجال ان نعيد ذكر المآخذ الحيوية ، القائمة على تحليل الواقع الصادرة عن الكاتب السويسرى كولدنبرك : « ولا يسمح لنا تحليل واقع الحال بالقول بهذا المبدأ ، ذلك لان تطبيقه يقودنا أحيانا الى نتائج سخيفة ينبغى مثلا ان نشبه مع الســيد بلانيول اجارة العمل باجارة الاشياء بسبب التعويض بنسبة الزمن ،

←

المستوى الاخير لتخلى المكان الى فكرة تجهيز العمل
(op. cit paragraph 46) Voir aussi wolfhart Burgi, FJS No. 623, I er Septembre, 1942.

بينما بديهى جدا ان ليس بين العقدين أى شىء مشترك • ومن جهة أخرى ، يجب ان نخلص الى القول ، تبعا لهذا الرأى ، بانه كلما طلب العامل المأجور حسب الزمن دفع أجره بالمقطوع أو بالقطعة تتغير طبيعة العقد • يجب الاعتقاد ان مجرد تغيير بند فى العقد له أثر سحرى لتغيير اجارة العمل الى عقـــد مغاير ، حتى باعتراف بلانيول نفسه ، كعقد المقاولة • ليس الامر كذلــك : ان بعض الملاحظة الواعية للوقائع تشير حالا الى انه لم يتبدل شىء فى تركيب العقد الاساسى »[١] •

ويرتئى ، أخيرا ، ديرون وفيتى[٢] ان هناك ميلا الى هجر هذا المعيار • وان محكمة النقض قد أخذت به أحيانا ولكنه قد قــرن بمعايير أخرى كمعيار تبعية الاجير • فلا يمكن ان يكون وحده مقررا
(Civ. 29 avril 1929 et Req. 31 juillet 1929 D. 193. 1. 6, Note Rouast).
ويقول الكاتبان ان جانبا من الفقه وبعض المشرعين فى الخـارج قد تركوا هذا المعيار • مثال ذلك ، ان القانون البلجيكى الصادر فى ١٠ آذار ١٩٠٠ والتشريع السويسرى ومشروع جمعية البحث التشريعى والمشروع الحكومى الفرنسى لعام ١٩٠٦ لا يقدر وجود فرق بين الاجور « سواء قدرت تبعا لمدة العمل أو بنسبة نوعية أو كمية العمل المنجز أو وفقا لاى أساس يتفق عليه بـين العامـل وصاحب العمل » •

---

(١) انظر De la nature juridique du Contrat de travail. Thèse de Genève, 1908, p. 34 et ss.

(٢) انظر op. cit. No. 134.

ب ـ المعيار القائم على محل العقد :

يوصى الباحثون السويسريون والفرنسيون الذين يتبنون هذا المعيار باجراء التفريق بناء على تحليل طبيعة منفعة العمل أو بناء على تحليل التزام العامل •

بموجب هذه الفكرة التقليدية ، ان ما يعد به المقاول بابرامه عقد المقاولة هو تقديم حاصل أو نتيجة معينة ، بينما لا يلتزم الاجير الا بتقديم نشاطه المنتج أو قوة عمله •

وبالتالى لا يلزم طالب العمل بالدفع مطلقا ما دام لم يتم الوصول الى النتيجة المشترطة ، بينما يستحق العامل ، فى عقد العمل ، أجره وان لم تدرك النتيجة المرتقبة (هكذا حالة المستخدم لاجراء بحوث أو اختراع)(١) •

لا ريب فى ارتقاء أصل هذا المعيار الى القانون الرومانى حيث قوبلت اجارة العمل "locatio operis" باجارة الخدمات "locatio operarum" •

أما فى الاصطلاحات الحديثة فان هذه التفرقة تقابل التفرقة بين الالتزام بالوسيلة والالتزام بالنتيجة •

يفيدنا ديرون وفيتى ان هذا التفريق قد طبق بمدى يختلف قليلا فى المانيا لمقابلة عقد الخدمات (Dienstvertrag) بعقد المقاولة (Werkvertrag) • ويضيفان ان (Gierke) قد ترجمه بقاعدة أصبحت

---

(١) انظر Wolfhart Burgi FJS No. 623, 1er septembre 1942.

كلاسيكية وذلك بملاحظته ان العامل فى عقد الخدمات يلتزم بفعل وليس بمصنوع (ein wirken, aber kein werk) .

علينا ان نلاحظ ان محل العقد قد كان فى القانون السويسرى (تحت سلطان قانون الالتزامات لعام ١٨٨١) العنصر الاهم تقريرا لتفريق عقد الخدمات (عقد العمل) عن عقد العمل المعين (ouvrage) (عقد المقاولة) ٠

ان الفقرة الاولى من المادة ٣٣٨ من هذا القانون تعرف اجارة الخدمات كالآتى : « ان اجارة الخدمات هى عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين قبل الآخر ببعض الخدمات الشخصية مقابل عوض » ٠

ان محل عقد العمل بموجب هذا التعريف كائن فى منفعة الخدمات الشخصية دون اعتبار للنتيجة ، بينما يؤلف ناتج العمل ، عكس ذلك ، محلا لعقد العمل المعين (l'ouvrage) .

باتباع المعايير القانونية لعقد العمل التى تنحدر عن هذا التفريق سنحت عدة فرص للمحكمة الاتحادية لتطبيق المعيار المستخلص من محل العقد لتفريق العقدين موضوعى البحث ٠ على سبيل المثال ، نقدر ان من المفيد ان ننقل القرارين التاليين :

لقد قارنت المحكمة الاتحادية فى قرار أصدرته فى ٤ تشرين الاول ١٩١٠ (ATF X VI p. 75 et ss.) بين عقد الخدمات وعقد العمل المعين (المقاولة) ٠

عرضت القضية فى الظروف الآتية : عمل أحد رجال الاعمال جسرا على طريق سكة حديد بوساطة نجار ٠ واثر حادثة تسببت

بسقوط الجسر طالب رجل الاعمال بتعويض من النجار ، الا ان المدعى عليه اعترض على قيام مسؤوليته بادعائه انه لم يسهم فى تشييد الجسر الا بصفة عامل • فقضت المحكمة الاتحادية بما يلى : « هل التزم المدعى عليه بتنفيذ تشييد الجسر كمقاول ، أى هل تعهد بانجاز التشييد على مسؤوليته الخاصة أم وعد بتأدية خدمات نجار لبناء يدار من قبل المدعى ووفقا لتعليمات هذا الاخير ؟ » ان فى استنتاج وجود عقد العمل المعين (المقاولة) من صفة المقاول المطلقة على أحد الطرفين ارتكاب خطأ مبدأى •

يلاحظ القرار نفسه بعد ذلك انه « اذا قبل المدعى عليه بتنفيذ تشييد الجسر بصفة مقاول ، يكون مسؤولا عن التنفيذ الجيد للانشاء بموجب القانون دون التصريح بضمان » •

وثم ابعد من ذلك ، يضيف القرار بانه « يجب التحرى فى وقائع الاجراء عما اذا التزم المدعى عليه بانشاء الجسر وبتسليم حاصل عمل محدد ، أم كان عليه التعاون باداء خدماته الشخصية فى القيام ببناء يديره المدعى نفسه » •

وأخيرا ابانت المحكمة الاتحادية ، تحت سلطان قانون الالتزامات القديم فى قرار آخر اصدرته فى ١٦ كانون الثانى ١٨٩٦ (ATF XX II p. 200) العناصر التى تكون برأيها الصفات المميزة لعقد الخدمات وعقد العمل المعين •

« لم يلتزم (ب) أولا ، ومن ثم (ت) بوضع نشاطهما وقواهما الشخصية فى خدمة دولة (Vaud) لتكسير بعض الاحجار • لقد تعهدا بتجهيز عمل معين ، أى بقدر معين من العمل متمثل برقم تقريبى من الامتار المكعبة من الحصى » •

وبناء على هذه الاعتبارات قالت المحكمة بـــان الطرفين كانا مرتبطين بعقد عمل معين (مقاولة) ٠

فالعمل المعين من جهة والنشاط من جهة أخرى هما المحــلان المتواليان لجنسى العقدين ٠

انتقـــادات :

يعاب على هذا المعيار كونه غير دقيق ، ذلك لان بعض العمال المستقلين يقتصرون على الوعد بتقـديم عنايتهم دون الذهاب الى درجة الوعد بتجهيز نتيجة محددة ٠ تلك حالة الاطباء فى فرنسا على سبيل المثال ٠

وبالمقابل ، يتعهد بعض الاجراء بتنفيذ عمــل معين للوقــت الضرورى لانجازه ٠ فهم يضعون اذن قوة عملهم فى خدمة صاحب العمل ولكن لغرض تحقيق نتيجة منشودة فقط(١) ٠

وتبعا لبرون وكالون(٢) ان الوقائع تكذب هــذا المعيار ٠ ان الاجير لا يتعهد مطلقا بالقيام باعمال مهما كانت طبيعتها بناء على طلب صاحب العمل ٠ لا ريب ان محل خدماته ليس محددا بوضوح دائما كما فى عقد المقاولة الا انه لا يقل تحديدا ، ولا يحق لصاحب عمل ان يفرض على أجير مهمة لا تدخــل فى الاطــار الاعتيــادى لنشاطـــه ٠

---

(١) انظر Rivero et Savatier, Droit du travail, 1960, p. 268.

(٢) انظر Op. cit. No. II-47.

ان كان لصاحب العمل حقا بالاقدام على اعادة تنظيم مشروعه، لا يستطيع تغيير طبيعة مهمة الاجير دون ان يتعرض الى فسخ العقد بسبب خطئه • (C. soc. 12 novembre 1942, s. 1943, 1. 29) وبالعكس لا يعد بعض « المقاولين » (كالاطباء مثلا) بنتيجة معينة •

ج- معيار العرض على الجمهور :

لقد ترك المشروع الفرنسى لقانون عقد العمل فى ٢ تموز ١٩٠٦ المعيارين السالفين بشكل قاطع وبالعكس اعتبر ذلك الذى يقدم خدماته الى أشخاص معينين (صاحب عمل واحد أو أصحاب أعمال متعددين) كالاجير ، وذلك الذى يعرض عمله على الجمهور كمقاول •

ان عقد العمل بموجب مادته الاولى هو « عقد يتعهد بمقتضاه شخص بالعمل لآخر يلتزم بان يدفع اليه أجرا يحتسب سواء بسبب مدة العمل أو بنسبة نوعية أو كمية العمل المنجز أو بموجب أى أساس آخر يتفق عليه بين العامل وصاحب العمل » •

فلا تخضع الى نصوص هذا الباب العقود المبرمة مع أشخاص لا يعرضون عملهم الى صاحب عمل واحد أو الى عدد من أصحاب الاعمال المعينين ، وانما يعرضون عملهم الى الجمهور • هكذا ان « المحامى والطبيب،اللذين يشتغلان لزبائنهما ويعرضان خدماتهما الى الجمهور ، لا يبرمان عقد عمل • هناك ، بالعكس عقد عمل فى حالة الطبيب المرتبط بمستوصف أو مستشفىأو بصالة للعجزة وحالة المحامى المرتبط بمكتب مشروع أو ادارة للنظر فى المنازعات

القانونية »(١) ٠

نقـــد :

لم يفض هذا المشروع الى أى نتيجة ٠ يبدو ان سبب فشله يرجع الى واقع اننا نصادف فعلا بعض العمال الاجراء الذين يعرضون خدماتهم على مجموعة من أصحاب الاعمال ٠ وبالعكس لا تتسلم بعض المشاريع طلبات الا من زبون منفرد (مشروع لتصليح مواد خطوط السكك الحديدية مثلا)(٢) ٠

كيف ينبغى اذن تكييف طبيعة عقود اولئك الذين يبرمون عقودهم مع زبونهم الوحيد ؟ أهى عقود عمل ؟ ان الجواب الايجابى يصدم قليلا ، ذلك لانه قد يؤدى الى توسيع مجال تطبيق عقد العمل ليشمل مقاولين حقيقيين ٠

وبالعكس ، كيف يكيف العقد الذى يلزم خادمة منزل أو غسالة تعرضان خدماتهما على الجمهور ؟ هل هذا عقد مقاولة ؟ ان الجواب الايجابى أثقل وقعا ، ذلك لانه يستبعد عن مجال تطبيق عقد العمل عددا كبيرا من العمال وبالاخص الخدم ٠

ومن جهة أخرى، كيف يمكن تفريق صاحب العمل عن الجمهور؟ غالبا ما يستخدم الاصطلاح « سيد » ليعنى معطى العمل ٠ ولكن بأى من الحالات هناك صاحب عمل معين وبأى منها هناك جمهور ؟

---

(١) انظر Durand et Vitu, Traité de droit du travail, T. II, 1950, No. 135.

(٢) انظر Rivero et Savatier, Droit du travail, p. 269.

لا يعرف ذلك والقانون يمر فى هذه المسائل بصمت ٠

د ـ معيار التبعية الاقتصادية :

باثر ما قيل بخصوص المعايير التى بحثت فى الفقرات السابقة، اقترح سواء فى سويسرا أم فى فرنسا ، اجــراء التفريق تبعــا لوجود أو عدم وجود رباط التبعية بين الاطراف المتعاقدة ٠

يجوز التفكير فى هذا الرباط ، كما أسلفنا فى الفصل الثانى ، من الناحية الاقتصادية أو من الناحية القانونية ٠ وما يعنينا هنا الناحية الاقتصادية وحدها ٠

(أ) لقد أكد بعض الفقهاء فى فرنسا(١) على وجود عقد عمل فى جميع المرات التى يكون فيها الاجير مستخدما لــدى محتــرف : صناعى ، تاجر ، أو مزارع ٠ وبالعكس يوجد عقد مقاولة عندما يتعهد العامل بخدمة أفراد بسطاء ٠

يترتب على ذلك ، يجب الاخذ بنظر الاعتبار وضــع معطــى العمل ٠ فى الواقع ان هذا الوضع هو الذى يؤلف دليل الاتــكال الاقتصادى للملتزم باداء الخدمات ٠

لا ريب ان مشروع قانون ١٩٠٦ المذكور فى الفقرة (ج) قد أستوحى هذه الفكرة بتعريفه عقد المقاولة « عقــد معقود مـع الاشخاص الذين لا يعرضون عملهم على أصحاب أعمال متعددين ،

---

(١) انظر Encyclopédie Dalloz No. 30, Durand et Vitu No. 135. Planiol et Ripert, op. cit. No. 771.

وانما يعرضونه على الجمهور »[1] ٠

وهذه الفكرة نفسها هى التى استوحاها واضع القانون الفرنسى حول العمال فى المنازل فى الاول من آب ١٩٤١ ٠ اذ ما دام هؤلاء يستمدون مصادر عيشهم الوحيدة من عملهم ، يتعرضون أيضا لاستغلال أصحاب أعمالهم ، وان اشتغلوا باستقلال بعيدا عن كل رقابة فعالة من جانب هؤلاء ٠ وهنا يكمن التسويغ الرئيس لتشريع حماية العمل ٠

(ب) اما بالنسبة لبعض الباحثين السويسريين ، فان معيار الاتكال الاقتصادى لشخص العامل غير مؤكد جدا ٠

هكذا يقدر لوتمار ان ما هو قاطع ليس شخص المقاول وانما هو واقع ان العمل ينجز فى اطار مشروع صاحب العمل نفسه ٠ يترتب على ذلك ان العقد الصناعى ، فى حالة الشك ، يكون عقد عمل وليس عقد مقاولة ٠

اما عن عقد العمل فى المنزل فانه يثير صعوبات نظرية وعملية، ذلك لانه رغم اتصافه بواقع ان المستخدم يكون متكلا اجتماعيا على صاحب العمل ، وان من الصعب القول بالتبعية القانونية بسبب طبيعة العقد ، اذ يجوز للمستخدم ان يحدد بارادته موقع ومدة العمل وتنفيذه ، يميل الفقه والقضاء والمشرع الى تشبيه هذا العقد بعقد العمل[2] ٠

---

(١) انظر Brun et Galland, No. 11-49. Planiol Ripert 771.

(٢) انظر Becker, op. cit. p. 310.

ولكن القانون الاتحادى الصادر فى ١٢ كانون الاول ١٩٤٠ حول العمل فى المنازل لم يستأصل جميع الصعوبات • ذلك لانه يحكم بوساطة نصوصه بشأن الاجور (بما فيها النصوص الخاصة بتحديد الاجور الدنيا الرسمية للعمل ونصوصه بخصوص الرقابة والنصوص العقابية) نوعى العمل فى المنازل ، نعنى العمل الذى ينجز بموجب عقد عمل وذلك الذى ينجز بموجب عقد مقاولة(١) •

انتقـــادات :

من الواضـح ان هـــذا المعيار غـــير كاف أيضا • ان صفته الاقتصادية المحضة سبب فشله • اذ قد يقال انه يجوز لرب عمل محترف ان يتلقى عرض عمل من صاحب حرفة صغير لانشاء تأسيس كهربائى على سبيل المثال ، دون امـكان القـول ان هـذا المحترف الصغير مستخدم لديه ، لقيامه باداء عمله بحرية وبوسائله الخاصة• انه مقاول حقيقى • وبالمقابل لا يجوز اعتبار العامل البسيط الذى يؤدى اعمالا يومية لدى فرد خاص ، كمقاول مستقل ، اذ يقال لماذا تتغير طبيعة وضعه القانونى فى الحالة التى قد يشتغل فيهـــا لحساب سيد محترف •

ويعاب على هذا المعيار من جهة أخرى كونه مخالفـا للواقـع العملى • ان المقاول الباطنى الذى يعهد اليه المقاول الرئيس بجزء من أعمال بناء عقار لا يكون فى حالة اتكال اقتصادى ، ان لـــه

---

(١) انظر _ Schweingruber, Commentaire du contrat de travail, p. 19, 1952.

مواده ومستخدميه ولا يمكن النظر اليه اعتياديا كأجير ، وهو مع ذلك يتعامل مع أحد الحرفيين هو المقاول الرئيس ٠

ويحدث ، عكس ذلك ، ان لا يكون من يشتغل لـــدى بعض الافراد الاعتياديين ممن هم ليسوا أصحاب أعمال حرفيين ، كعامل المياومة فى المزرعة ، ومديرة المنزل ، مستقلين اقتصاديا(١) ٠

قد يحدث أيضا أن بعض العمال كالتعابة (les hommes de peine) وبعض العمال فى المنازل (خياطين ، وصنــاع أثـــاث أو لعب) يعرضــون خدماتهم الى أفــراد اعتياديين أو الى أصحاب أعمــال حرفيين دون تمييز ، ويؤدون أعمالهم فى ظروف متماثلة ٠ فلماذا تكون لمثل هذا العقد تكييفات متباينة(٢) ٠

حاول ، فى فرنسا ، واضعو مشروع ١٩٠٦ الاجابة على هــذا الاعتراض باضافة ان عقد العمل يتطلب استمرارية العلاقات بين الاجير وصاحب العمل ، الا انه لا يفهم لماذا يختلف المركز القانونى للعامل بسبب هذا الظرف ٠ لماذا يعتبر الفنى الذى يتوجه اليــه الصناعى بانتظام كأجير ، بينما يعامل من كانت خدمــاته عرضية كمقــاول(٣) ؟

---

(١) انظر Brun et Galland 11-49.

(٢) انظر Durand et Vitu No. 135, p. 238.

(١) انظر Planiol et Ripert No. 771. Encyclopédie Dalloz, p. 639 No. 31. Durand et Vitu No. 135. Brun et Galland No. 11-49. Roust et Durand, Précis de droit du travail, p. 393 No. 310. sur le rejet de ce critère de la part de la jurisprudence fraçaise, voir Capitant et Cuche No. 141, 1936.

أما عن العمال فى البيوت ، فان كانوا فى الحقيقة فى حالة اتكال اقتصادى ، كقاعدة عامة ، فلا يقل عن ذلك حقيقة انه لا يوجد معيار دقيق لتفريق بسطاء العمال عن المقاولين الحقيقيين الذين يشتغلون فى البيوت ٠

هـ ـ معيار التبعية القانونية :

١ ـ فى القانون الفرنسى ٠ ان الانتقادات التى نهضت ضد فكرة التبعية الاقتصادية والاجتماعية غير الدقيقة حدت بغالبيه الفقه الفرنسى(١) الى الاعتراف بالتفريق ما بين العقدين على أساس وجود رباط التبعية القانونية بين العامل ورب العمل ٠

ان عقد العمل ، تبعا لهذا المفهوم ، يتضمن سلطة لصاحب العمل على شخص العامل ، تسمح له بتوجيه التعليمات ، أو اصدار الاوامر ، سواء تعلقت بطريقة تنفيذ العمل أو بنوعية أو كمية الاشياء المطلوب انتاجها ٠ عكس ذلك ، ينفذ المقاول عمله وفقا لمزاجه ، باستثناء بعض التوجيهات العامة التى قد يحددها له طالب العمل ، ولا يلتزم الا بتقديم عمل معين ٠

والقضاء من جانبه أيد هذا المعيار منذ زمن بعيد ٠ لقد رأى

---

(١) انظر Durand et Vitu No. 136. Brun et Galland No. 11-50. Planiol et Ripert No. 772. Encyclopéie Dalloz p. 639 No. 34. Martini, La notion du contrat de travail, Thèse Paris 1912, p. 70 et ss. Rouast et Durand, p. 394 No. 311. Josserand, Cours de droit civil positif français, T. 11, 1939 No. 1312. Mazeaud, Leçons de droit civil, p. 1100 No. 1332, 1960.

فى رباط التبعية بين صاحب العمل والاجير ، العنصر البيانى لعقد العمـــل ٠

هكذا يكون الاجير موضوعا تحت سلطة صاحب العمل الذى له الحق باعطاء الاوامر اليه فى تنفيذ العمل ، وبالاشراف على انجاز المهمة ، وفى مزاولة بعض الرقابة الانضباطية ٠

هكذا تفهم محكمة النقض فكرة التبعية ٠ انها تتحرى خاصة عما اذا كان صاحب العمل يتدخل أو لا يتدخل فى ادارة وتنفيذ العمل والاشراف عليه وعما اذا كان يوجه الى العامل تعليمات أو أوامر يلتزم هذا بالخضوع اليها ٠ أو بالعكس عما اذا كان يترك اليه استقلالا فى انجاز مهمته ، لا يتفق وحالة التبعية ٠

أما المقاول ، فبعكس ذلك ، مستقل قانونا قبل المتعاقد معه ٠

تعزو محكمة النقض هذا التفريق الى المادة ١٧٧٩ من القانون المدنى المتعلقة باجارة الشغيلة الذين يلتزمون بخدمة الآخرين ٠ فما دام الاجير فى خدمة صاحب العمل ، يخضع لسلطته(١) ٠

تترتب على الاخذ بهذا المعيار النتائج الآتية :

(أ) لا تحسب المحاكم ، من حيث المبدأ ، حسابا الى الوضـــع الاجتماعى ، عندما تؤخذ التبعية القانونية بعين الاعتبار ٠

هكذا ، يجب ان يعتبر المقاول الباطنى أجيرا عندما يجهز اليه

---

(١) انظر Durand et Vitu, op. cit. p. 136. Capitant et Cuche No. 141, Paul Colin, Le la determination du mandat Salarié, Thèse, Paris No. 56, 1931. Planiol et Ripert No. 772.

صاحب العمل المواد اللازمة ويعطيه الاوامر[1] ·

بالعكس لا يمكن تصنيف من يقدم مساعدته لشخص اعتيادى فى فئة المقاولين لهذا السبب وحده · يجب ان يؤدى العمل بملء حريته لهذا الاعتبار ·

(ب) ولا تأخذ المحاكم كذلك بعين الاعتبار معيار طريقة التعويض ، وانما تهتم بشروط تنفيذ العمل لتكييف العقد (Cass. 9 mars 1938, D.H. 1938, p. 289) .

لقد أعرب القضاء عن رأيه خاصة فى قضية أفراد استخدموا لاستخلاص صمغ الصنوبر ، على ان يعوضوا بمساهمة فى ثمن بيع الحاصل · فلو طبق القضاء معيار طريقة التعويض لوجب عليه الحكم بان هذه الطريقة تنم عن وجود عقد مقاولة ، ولكنه كيف العقد بعقد عمل ، لانه كان ينبغى على مشرطى الصنوبر الامتثال، فى القضية الموضوعة النزاع ، الى أوامر معطى العمل فى تنفيذهم لعملهم (Req. 29 juillet 1924, S. 1925. 1. 183) وكذا لو لجأ الى طريقة التعويض (الاجر بنسبة الزمن) لكان ينبغى اعتبار النجار الذى يعمل لدى مزارع بأجرة يومية كأجير له ، بينما يصنفه القضاء فى جماعة المقاولين عندما ينفذ عمله بحرية تامة دون تلقى الاوامر من المزارع (ch. civ. 19 juillet 1929, D.H. 1929, p. 473)

(ج) ان حكام الاساس ملزمون بوجوب الافصاح (والا تعرضوا الى عقوبة نقض أحكامهم من قبل محكمة النقض) عن نقطة معرفة ما اذا كان العامل يتلقى تعليمات أو أوامر ملزم باطاعتها أو ما

---

(١) انظر Req. 12 nov. 1924 D.H. 1938 p. 289.

اذا كان له ، عكس ذلك ، استقلال فى تنفيذ عمله لا يتفق وحالة التبعية (ch. civ. 9 mars, D.H. 1938, p. 289) . يجب ان يكون بامكان محكمة النقض التحقق من وجود أو عدم وجود رباط التبعية من نص القرار (ch. civ. 6 janvier 1942, D.H. 1942 Somm. 5) .

بقى ان نشرح بدقة محتوى التبعية القانونية وكيفية تقديرها:

١ـ تختلف التبعية عن الالتزامات التى تترتب على المقاول • ولكن كيف تميز رقابة صاحب العمل لاجرائه عن الفعل الذى يزاوله طالب العمل على المقاول ؟ لقد بتت محكمة النقض فى هذه القضية ، خاصة فى قرار صدر فى ٢٠ حزيران ١٩٤٧ (JCP. 1947. CI, 3984) .

تتصل أوامر السيد ، فى عقد المقاولة ، بتوجيه عام للعمل • ان السيد يعرب عن رأيه بشأن العمل الذى يروم الحصول عليه وبشأن الهدف الذى ينوى بلوغه ، بينما يحتفظ المقاول باستقلاله التام فيما يختص بوسائل التنفيذ •

أما فى عقد العمل ، فالوضع مختلف ، ان الاوامر تنصب مباشرة على تنفيذ العمل ، دون أن يترك أمره الى مبادرة الاخير • ان وسائل وطرق التنفيذ تفرض على الاجير (C. Soc. 15 juin 1950, Somm. p. 69) .

٢ـ يجب تقرير التبعية بالسلوك الفعلى لمجهز الخدمات • فلا يجوز لتكييف العقد ، التحرى عما اذا كانت للفرد خبرة أو كفاية كافية للعمل بحرية • ان ما يهم هو ، بالعكس ، التحقق من الظروف التى انجز فيها العمل • (C. Soc. février 1951, Bul. III, No. 153, p. 114)[1] .

---

(١) انظر Brun et Galland, op. cit. No. 11-50.

ب ـ أما فى القانون السويسرى ، فان معيار التبعية القانونية يكون محلا لخلافات فقهية . ان أوزر وفيك[1] لا يعترفان بان عقد العمل يضع العامل بالضرورة قليلا أو كثيرا فى مركز الاتكال على صاحب العمل أو ينشىء تبعية العامل قبل صاحب العمل . تبعا لآخرين[2] ، ان ما هو حاسم هو معرفة ما اذا كان المستخدم كائنا فى حالة اتكال على صاحب العمل . ان كان كذلك ، كان هناك عقد عمل والا فعقد مقاولة .

ولنتذكر أخيرا انه « عندما تتمثل فى عقد معين بعض خصائص عقد العمل وبعض خصائص عقد المقاولة ، يجب تقدير مجمل الروابط التى تربط الاطراف لتقرير العنصر السائد الذى يميز العقد بشكل قاطع »[3] .

انتقادات :

لوحظ ان هذا المعيار كذلك غير دقيق . ان تطبيقه بحرفية قد يؤدى الى اخضاع أشخاص ، يعيشون فى أوضاع اجتماعية واقتصادية متقاربة ، الى تنظيمات مختلفة ، كما يشبه أيضا ، من الناحية القانونية ، أشخاصا يعيشون فى أوضاع اجتماعية

---

(١) انظر Oser - Schonenberger, op. cit. No. 35, p. 1150, Fick, Commentair du Code fédéral des Obligations, 1er Vol. No. 45 et ss., p. 570.

(٢) انظر Martin, Le Code des Obligations. Des contrats de droit civil, p. 177, 1922. Arnold Gysin, Arbeitsrecht, p. 33, 1943.

(٣) انظر Sem. jud. 1948, p. 231.

واقتصادية متباينة • لا يمكن ان ندرك فى الواقع ، لماذا يستفيد بعض الاطباء والمهندسين والمحامين والمقاولين من الباطن من نصوص الحماية الاجتماعية حينما يرتبطون بعقود العمل ، بينما يحـرم منها عمال آخرون ينفذون أعمالهم بحرية تامة فى بيوتهم •

ان رفيرو وسافاتيه[1] يوصيان باكمال هذا المعيار ، فى الحالات المشكوك بأمرها ، بغيره من المعايير القانونية[2] •

٣ـ حـــالات تطبيقية

بالرغم من هذه الانتقادات، ان تطبيق هذا المعيار يسمح بتفريق العقدين فى حالات متعددة ، فيما يلى أمثلتها الرئيسة :

---

(١) انظر Droit du travail, 1960, p. 269.

(٢) وفى مصر قررت لجنة التحكيم فى القاهرة ، تطبيق معيار مختلط فى نزاع حدث بين أصحاب مصانع الاحذية ونقابة عمال هذه المهنة (العدد ١٢ سنة ١٩٥٣ فى ١٨ـ٦ـ١٩٥٣) ، يقضى بان التفريق بين عقد العمـل وعقد المقاولة ، يجب أن يأخذ بنظر الاعتبار معظم المعايير سالفة الذكر• وفيما يلى مفهوم محتوى قرارها : لما كان التفريق دقيقا بين صفة الاجير والمقاول فى صناعة كالصناعة الموضوعة النزاع ، ينبغى الاخذ بعـدة معايير قال بها الفقه والقضاء لتحديد هذه الصفة •

وأخيرا بعد ان ذكر القرار معايير التبعية القانونية والتبعية الاقتصادية المعترف بهما الواحد تلو الآخر فى فرنسا ، قال القرار المذكور : بالنظر لاختلاف الآراء ودقة الموضوع ، تقدر اللجنة انه يجب عليها ان تطبق المعايير الثلاثة واحدا بعد الآخر ، ويجب عليها فضلا عن ذلك التحقـق من النية الحقيقية للاطراف وكيفية نظرهم الى الروابط القائمة فيمـــا بينهم وكيف ينبغى تنظيمها (انظر الدكتور صادق مهـدى السعيد ـ محاضرات تشريع العمل ، ص ٤ـ٥ ، بغداد ١٩٦٠) •

أـ العمال فى المنازل(١) :

ان هذه الطائفة من العمال تكون فئة خاصة تماما • ذلك لان هؤلاء العمال يؤدون أعمالهم من جهة بكيفية مستقلة ، بوسائلهم الخاصة وفى الاوقات المتهيئة لديهم ، وبقاؤهم فى بيوتهم لاسباب معينة كالمرض والعجز ورعاية الاطفال أو المزاج مع اضطرارهم الى كسب معاشهم ، من جهة أخرى ، يضطرهم الى قبول شروط الاجر التى يفرضها المشروع •

١ـ لقد كان مثل هذا الوضع فى فرنسا مصدرا للتردد الفقهى والقضائى فيما يخص تكييف عقودهم مع معطى العمل •

فقد قضت المحاكم خلال فترة طويلة فى صالح عقد المقاولة أو عقد العمل تبعا لاشتغال العمال بحرية (وتلك كانت هى الحالة الغالبة) أو كونهم تحت الادارة الفعلية لصاحب العمل

(Civ. 22 juin 1932, 393, 15 juin, 1936, D. P. 1937, 1. 90 note pic.-Soc. 25 Février 1939, S. 1939, 1, 148.

أما محكمة النقض المخلصة لمعيار التبعية القانونية فلم تكتف ، من جانبها ، من التحقق فقط من وجود بعض الرقابة وفحص العمل المنجز من قبل العامل ، وانما أوجبت التثبت كذلك من وجود تبعية فى تنفيذ العمل •

(S. Soc. 25 février 1939, s. 1939. 1. 148, C. soc. 19 mai 1941, Gaz. Pal. 1941, II. 173, ch. civ. Sect. Soc. du 14 mai 1956, Dr. Soc. 1956, p. 491).

---

(١) انظر حول العمال فى المنازل :

Brun et Galland No. 11-51, paragraphe, 1. Brochard, Manuel du contrat de travail, 1960. 273-275. Rouast et Durand, Précis de droit du travail, 1961, p. 395. Coutant, L'industrie salarieé. Thèse Paris 1941. N. Odinet, Le statut des travailleurs à domicile, Soc. 1941, p. 157. Capitant et Cuche, op. cit. No. 141. Répertoire du droit social et du travail Mise à jour 1962, Paris, Jurisprudence Dalloz No. 41.

ولكنها ، مع ذلك ، بدت أحيانا أكثر مرونة فأخذت بنظـــر الاعتبار وجـــود الاتـــكال الاقتصادى (ch. civ. 15 juin 1936, D. p. 1937. 1. 89) ، وذلك بطبيعة الحال تطور فى صالح عمال المنازل ٠

غير ان المحاكم المدنية ظلت على الاجمال متعلقة بمعيار التبعية القانونية ٠ ورفض القول بان القرارات القليلة التى أخذت بالمعيار الاقتصادى تعرض اتجاها عاما ٠

ولما رغب المشرع فى معالجة هذا الوضع المتأرجح وحماية هؤلاء العمال التابعين ، كان عليه ان يتدخل مرارا عديدة لتشبيههم فى كثير من النقاط بالاجراء بالمعنى الدقيق (قوانين ١٠ تموز ١٩٠٥ و١٤ كانون الثانى ١٩٢٨ و١ آب ١٩٤١ و٢٨ حزيران ١٩٤٣)٠

وقد زاد قانون ٢٦ تموز ١٩٥٧ فى التقارب بين العمال فى المنازل والاجراء المنتفعين من عقد العمل فى المنزل ، اذ بموجب هذا القانون (المادة ٣٣) ينتفع العمال التالى تعريفهم ٠٠٠ مـن النصوص التشريعية والتنظيمية التى تطبق على العمال البسطاء دونما حاجة الى التحرى عن وجود أو عدم وجود رباط التبعية بين العامل وسيده ٠

٢ـ اما فى القانون السويسرى ، فكما أشرنا سابقا ، انـــه نظرا لاستطاعة العامل فى المنزل تحديد محل ووقت وتنفيذ العمل بحرية ، يصعب تكييف عقده مع صاحب العمل بعقد العمل استنادا الى معيار التبعية القانونية ٠ مع ذلك لقد افترض القضاء فى أغلب الاحوال قيام عقد العمل[١] ٠ وكذلك القانون يفترض (المـادة

---

(١) انظر Kaufmann et Eichholzer, Arbeitsrechtliche Praxis No. 11, 1935.

٣٢٩ التزامات) وجود عقد العمل وان لم يكن العامل المستخدم حسب القطعة أو بالمقطوع تحت اشراف صاحب العمل . غير ان بعض نصوص عقد المقاولة تطبق بحقهم أيضا . وكذلك تكييف العلاقات الفردية بين أصحاب الاعمال والعمال بعقد العمل عندما يخضع هؤلاء الى عقد عمل مشترك ، غير انه لا يمكن النظر الى ذلك كقاعدة عامة(١) .

أما اليوم ، فيخضع العمال فى المنازل الى القانون الاتحادى الصادر فى ١٢ كانون الثانى ١٩٤٠ . وهذا ما قلل أهمية تكييف هذا الجنس من العقود .

ب- فنانو الغناء الشعرى الموسيقى والمسرحيون :

بسبب الحرية الواسعة نسبيا المتروكة الى فنان الغناء الشعرى أو الفنان المسرحى فى عرضه لفنه ، من جهة ، وخضوع هذا الفنان الى مدير المشاهد الذى يفرض عليها انضباطا خاصا بخصوص وقت الفعل وتكرار المقاطع وطرق ووسائل تنفيذ العمل لضمان جودة الفن ، من جهة أخرى ، يجوز التردد بالنسبة لتكييف العقد الذى يربط الفنان بالمشروع المنظم للمشاهد .

١- يقال فى فرنسا ان طبيعة هذا العقد لا تتعارض مع طبيعة عقد العمل ، ذلك الانطواء تعهد الفنان دائما على شروط تؤلف خضوعا قانونيا حقيقيا ، اذ « يتلقى الفنان ، فى مشهد أو جوقة موسيقية ، مهما كانت الموهبة الشخصية التى يعرضها ، بعض

---

(١) انظر Arnold Gysin, Arbeitsrecht p. 34, 1943.

واقع ان رئيس الجوقة قد ابرم اتفاقات خاصة مع الموسيقيين (بشأن تقسيم الاجر الاجمالى وبشأن العقوبة التى يتعرض اليها الموسيقي فى حالة خرقه لتعهداته) » .

ج- الاطباء والصيادلة :

لا ريب فى الاعتراف بامكانية ابرام عقد العمل لاعضاء بعض المهن الحرة الذين يمكن القول بوجود حالة التبعية فى اعمالهم كالممرضات أو اساتذة المؤسسات التعليمية الخاصة .

١- لقد نوقشت الطبيعة القانونية للعقود التى يبرمها الاطباء فى فرنسا بحيوية منذ زمن طويل .

فقدر ان مزاولتهم لمهنتهم لا يتوافق مع رباط التبعية القانونية، الصفة التى تقرر وجود عقد عمل ، اذ لا يستطيع العقد ان يخضع الطبيب الى تبعية فنية لشخص بسيط . ذلك لان استقلال مهنته والقابلية الفنية المطلوبة منه تجعل هذا الخضوع مستحيلا . فضلا عن ان قواعد القانون المهنى تمنع مثل هذا الاتفاق(١) .

ان استقلال الطبيب حدا بالقضاء حذو الفقه بالتحرى عن حل يتناسب وهذه الحالة ، فاقترح تشبيه الطبيب الذى يؤجر خدماته بوكيل أو متعهد . ولكن سنالار يقول لنا ان هذه الحلول ظلت معزولة لاصطدامها سواء باعتراضات قانونية أم لانها اغفلت الاعتراف بالشرط الذى اشترط به على الطبيب فى التعهد الذى

---

(١) انظر Durand et Vitu, No. 138.

تعاقد عليه[١] .

ورفضت صفة الاجير كذلك بالنسبة للصيدلى المجاز المستخدم مساعدا لصيدلى آخر . ونحن نقول مع برون وكالون[٢] لا ريب ان « المساعد كان يتسلم تعويضا شهريا ويتصرف فى الواقع ، كمستخدم ، ولكن القضاة قدروا انه سيد قراراته فى مزاولته لفنه » (Lyon, 15 mars 1946, JCP 1946. II, 3121 et D. 1947, Somm. 12).

مهما يكن ، نشهد فى يومنا هذا اتجاها يعترف للطبيب بامكانية ابرام عقد العمل ، سببه التطور الحديث الهام فى الطب الاجتماعى . ان طبيب العمل والطبيب المرتبط بمؤسسة عامة أو خاصة يتخليان عن عيادتهما الخاصة ليكرسا وقتهما الى خدمة المشروع صاحب العمل مقابل تعويض معين ، ولا يعملان بالنسبة لمواعيد العمل الا وفقا للتعليمات الادارية لذلك المشروع .

أليس نشاط أمثال هؤلاء الاطباء تابعا فى الواقع ؟ لقد قضت محكمة السين بانه ينبغى تشبيه طبيب العمل برئيس الخدمة فى مشروع (5 novembre 1948, JCP 1949. II 5103).

ومحكمة النقض أيضا اعترفت بوجود رباط التبعية فى العلاقات القانونية بين بعض الاطباء فى مصح وادارة المؤسسة

---

(١) انظر La thèse précitée, p. 65.

(٢) انظر op. cit. No. 11-56.

(ch. civ. 26 juillet 1938, D.H. 1939. (عيادة المرضى فى أوقات معينة)
530 et Gaz Pal. 1938. 11-472. Sic Montpellier 6 févreir 1953, D.H., 1933.
275. Thonon 16 décembre 1949, JCP 1950, II éd. CI. 5532)(1)

مع هذا ، من المفيد ان نورد هنا الملاحظات التى قدمها برون وكالون فى هذا الصدد : « ينبغى ، لغرض اتخاذ قرار بوجود شخص فى حالة التبعية ، النظر الى الالتزام الرئيس ، وليس النظر الى الالتزامات الادارية الثانوية ، اذ يجب ان يبقى استقلال أطباء العمل تاما بالنسبة لمهمتهم الاساسية : يجوز للمرء ان يقرر بحرية صلاحية طالب الاشتغال لاشغال الوظيفة التى يطلبها على سبيل المثال ، بينما يبقى الطبيب سيد الموقف بالنسبة لتطبيق فن العلاج على نزلاء المصح » ٠

ولكنه يتابع القول : « ان فكرة الاستقلال الاقتصادى تستحق ان تؤخذ بنظر الاعتبار فى هذا المجال ٠ لقد زاولت تلك الفكرة نفوذها على القضاء ٠ ذلك لان طبيب العمل ، وطبيب المصح ، وطبيب صناديق الضمان الاجتماعى يستقون ارباحهم من نشاط يكرس على وجه التحديد لخدمة مشروع أو مؤسسة صحية أو منظمة لضمان اجتماعى ٠ ولان تجردهم من الزبائن يعرضهم الى فقد مراكزهم فجاءة كما يحدث للاجراء ٠ ويحق لاصحاب أعمالهم

---

(١) انظر أيضا فى صالح وجود عقد عمل :
civ. 15 mai 1928 (D.P. 1929. 1. 53, note Nast. Paris 30
mars 1926, D.P. 1926. 2. 99. Limoges 25 oct. 1932 (D.H. 1932
-5779). Trib. Paix, Paris 25 févr. 1953 (D. Somm. 78) Paris
8 et 16 janv. 1958 (JCP Juris-Classeur périodique) (Semaine
juridique 1958. 10. 594).

فصلهم بعد مراعاة الانذارات العرفية أو حالا عند تقصيرهم بالتزاماتهم (Sic. Trib. Paix Paris 26 avril 1955, Gaz. Pal. 1955-2, p. 55).
هذا وانهم يعتبرون كأجراء ، بالنسبة لتطبيق تشريع التأمينات الاجتماعية ، « وككوادر » يفيدون من نظام التقاعد المنصوص عليه بالاتفاق الوطني المشترك المبرم في ١٤ آذار ١٩٤٧
« (Rep. minist. JO 29 mars 1955, p. 2035) .

غير ان بعض الكتاب يحذرون من التعجل كثيرا من تعميم هذا المبدأ بتأكيدهم على انه « لا يمكن وضع جميع الاطباء الذين يعنون من بعيد أو قريب بالطب الاجتماعي تحت حماية عقد العمل . مثال ذلك ، لا يمكن وصف طبيب المساعدة الطبية المجانية بأجير لقيامه بهذه الوظيفة بصفة ثانوية محضة ولان له زبائنه ، ولا فعل للاتكال الاقتصادي عليه ، كما لا يكون الطبيب ، الذي يضمن خدمة مستوصف في مشروع لمدة ساعة يوميا ، أجيرا لان هذا الواجب لا يؤلف الجزء الاساسي لنشاطه »
(ch. civ. 30 janvier 1953. JCP 1953. II. 7613). .

ان العقد الطبي ، على وجه التحديد ، اذا ما استثنى جزء من الطب الاجتماعي عقد اجارة عمل أو بالاحرى عقد غير مسمى .
(ch. civ. 13 juillet 1937. s. 39. I. 217, D.H. 37. 571, R. Savatier, Droit civil T. II No. 857. Jean Savatier, "La profession libérale".

ولكن الفقه يعترف ، على العموم بوجود عقد العمل(١) .

---

(١) انظر R. et . Savatier, Aubry et Pequignot. Traité de droit médical 1956 No. 412. Durand et Vitu, T. 2 No. 138. Senellart, Des contrats de louage de services passés par les médcins, Thèse Lille 1939. J. Savatier, La profession libérale, Paris 1947. Encyclopédie Dalloz, p. 640, No. 39.

٢ـ وفى القانون السويسرى : اثر التعريف الجديد لعقـــد العمل فى تقنين ١٩١١ ، غيرت المحكمة الاتحادية موقفها بالنسبة لتكييف الرابطة القانونية بين الطبيب الخاص وزبونه اعتبارا من سنة ١٩١٢ • فبينما كيفت هذه الرابطة قبل هذا التاريخ باجارة الخدمات ، تطبق اليوم ، بصورة عامة ، على هذه الرابطة نفسها ، القواعد التى تحكم الوكالـة • فمثــلا حكمت خلافــا لقرارات 26. II. 601 (1901), 34. II. 36 بـــان العقد المبرم بـــين طبيب ومريض يكون عقد وكالـة فى حالـة العـــلاج الطويـــل الامد (53. II. 424, (XVII, No. 4) 1928. I. 586)[١] •

يجدر ان نلاحظ مـع الدكتور مصطفى[٢] ، ان ليس لهــذا التحول أهمية من ناحية المسؤولية • ذلـــك لان الوكيل يخضـع بموجب المادة ٣٩٨ من قانون الالتزامات الى نفس القواعد التــى يخضع لها العامل •

وقضت المحكمة الاتحادية ، من جهة أخرى ، بان تنفيذ اعمال تركيب الاسنان (تثبيت جســر أو وضــع أكليل) يخضع لعقــد المقاولة • عكس ذلك ان العقد المبرم بين مركب اسنان وزبونه ، هو عقد مقاولة عند تعلق الامر بعلاجات طبية (معالجة الجذور مثلا) (47. II. 215 (1921. I. 494), 53. II. 419 (1928. I. 586), 61. II (1935. I. 432)[٣] •

---

(١) انظر Daeppen, Le Code fédéral des Obligations, Interpréte par la jurisprudence du Tribunal fédéral 1936, p. 365 No. 9.

(٢) انظر Mustafa R. Mustafa. La distinction du mandat et du contrat d'entreprise en droit suisse. Thèe Genève 1958, p. 62.

(٣) انظر Daeppen, le même ouvrage, p. 365 No. 9. Mustafa R. Mustafa, la Thèse que vient diêtre citée, p. 62.

ان الروابط القانونية بين طبيب والمستشفى الذى يستخدمه تصدر عن عقد العمل ، عندما يشغل الطبيب لاداء مجموعة ليست محددة من الالتزامات بينما تطبق أحكام الوكالة عندما لا يشترط تعويض لالتزام العمل ، ما دامت نصوص عقد العمل تطبق بالقدر الذى لا تتعرض به الى التعويض(١) ·

د— الرياضيون المحترفون :

غالبا ما يكون هؤلاء مرتبطين بعقد العمل · امـــا القضـــاء الفرنسى فكثيرا ما يعتبر عقد « الجاكى » عقد اجارة عمل لا عقد اجارة للخدمات · ان الجاكى يمتطى الخيل على مسؤوليته الخاصـــة (Amiens 2 novembre -920, Gaz Pa. 1921. I. p. 543). ·

والمسألة بشأن لاعب كرة القدم مختلف بشأنها · لقد شبهته المحكمة المدنية فى كاين بفنان مستقل ، بتأكيدها على انه يضـــع فى لعبته اصالة خاصة به (24 juin 1936, D.P. 1937) ، بينما قضـــت محكمة باريس بان المصارع الممتهن يرتبط مع متعهد المشاهـــد بعقد عمل (26 juin 1954, D. 1954, p. 684)(٢) ·

وقضت أيضا بخصوص راكض بوساطة الدراجات ، كان لديه متسع من الوقت لمزاولة مهنة أخرى خـــارج أوقـــات السباقـــات والتدريب الخاص باعداده بانه يفيد من عقد العمل · ذلك لخضوعه الى الشركة التى كان يرتبط بها · وأوضحت ان خضوعه ينجم ،

---

(١) انظر E. Eichholzer, FJS No. 823.

(٢) انظر Brun et Galland II-54.

خاصة ، عن صلاحية الشركة المنتجة للدراجات باختياره المباريات التى كان عليه المساهمة فيها (Rapp. pour un lutteur professionnel. Trib. Paix, Paris 9 me arr. 24 nov. 1953, D. 1954, Paris 26 juin 1954, D. 1954, 684. Dr. soc. 1960, p. 555).[1]

هـ ـ كهنة العبادة ورجال الدين :

يزاول هؤلاء الاشخاص نشاطهم تحت ولاية مطرانهم أو رئيسهم • ولكنهم ليسوا اجراء لهم وليسوا اجراء الكنيسة • ان رباط التبعية لا ينحدر عن عقد مدنى بل له طبيعة دينية • مع ذلك يجوز ان يكونوا اجراء للآخرين عندما تتجرد التزاماتهم عن الصفة الدينية ويتعاملون مع مستخدميهم مباشرة • تلك حالة القساوسة العمال[٢] •

هكذا قضى أيضا بان القس الاستاذ يستطيع ان يعقد عقد عمل مع مدرسة حرة (Cass. 25 avril 1947. aff. école Ozanan) .

يختلف الوضع ان كان قد وضع فى خدمة احدى المؤسسات اثر اتفاق بين رئيسه ومديرى المؤسسة • ان رجل الدين لا يفعل فى هذه الحالة شيئا سوى اطاعة رئيسه الذى يقرر تعيينه دون ان يكون مع ذلك مرتبطا معه بعقد عمل • وليس للتعويض الذى

---

(١) انظر P. Durand, Dr. soc. 1951. p. 87.

(٢) انظر P. Durand, Dr. soc. 1951. p. 87.

يتسلمه ليعيش صفة الاجر الحقيقى (V. civ. 24 décembre 1912 s. 1913. 1. 377 notre Sachet) (ch. civ. 29 novembre 1947 s. 48. 1. 113 et ch. civ 29 mai 1954, Dr. soc. 1955, p. 186).(١) ٠

الفرع ٢

عقد العمل والوكالة

١ـ عموميات :

لقد فرقنا الى الآن بين نوعين من الاتفاقات ، محلها نشاط الفرد، هما عقد العمل وعقد المقاولة، يجب علينا أيضا ان نفرق عقد العمل عن نوع ثالث من العقود الواردة على نفس النشاط وهو عقد الوكالة المأجورة ٠

(أ) لا يحتمل ، فى القانون الفرنسى ، وقوع أى التباس بين عقد العمل والوكالة المجانية ، تركة القانون الرومانى ، والنوع الاعتيادى للوكالة(٢) ٠

غير انه يخلص من المادة ١٩٨٦ من القانون المدنى الفرنسى أنه يجوز ان تكون الوكالة مأجورة ٠ وقد اكتسبت هذه الوكالة أهمية متزايدة بتأثير المتطلبات الاقتصادية للحياة الحديثة ٠

---

(١) انظر Rivero et Savatier, Droit du travail, p. 271. Brun et Galland No. 11-57. Encyclopédie Dalloz, p. 640 No. 46 et 47. Durand Vitu No. 139.

(٢) انظر Beudant, Cours de droit civil francais, T. XII No. 22., J. Vincent, La dissolution du contrat de travail, p. 384.

هناك صفتان مشتركان بين هذا النوع من الوكالة وبين عقد العمل تجعلان أحيانا التفريق صعبا بينهما ، الموكل يستطيع توجيه التعليمات الى الوكيل مثلما يعطى صاحب العمل الاوامر الى العامل، مما يجوز الاستنتاج على وجود نفس التبعية فى العقدين ٠

فضلا عن ان على الموكل ان يعوض الوكيل الاجير ، كما يستحق على صاحب العمل دفع الاجر المتفق عليه لاجيره ٠ فالوكيل والاجير يعوضان اذن ٠

الواقع ، هذه ليست سوى صعوبة ظاهرية ٠ ذلك لان الخضوع ليس الخضوع نفسه بالنسبة للوكيل وبالنسبة للعامل ٠ انه يختلف بالدرجة على أقل تقدير ٠ الحقيقة ان تبعية الوكيل للموكل أقل من تبعية العامل لصاحب العمل ٠ وان لتعويض الوكيل ، من جانب آخر ، صفة المكافأة التى تستطيع المحاكم تقديرها ، بينما ان لتعويض العامل صفة الاجر المقطوع الذى لا يتوقف مقداره الا على العقد وليس للمحاكم سوى ملاحظته(١) ٠

(ب) اما عن القانون السويسرى ، فان التسمية العامة « للوكالة » تتضمن أربعة أشكال من العقود ، تكون الوكالة بالمعنى الدقيق شكلها الرئيس ، وبقية الاشكال هى كتاب الاعتماد والحوالة وعقد السمسرة ٠

ان الوكالة بالمعنى الدقيق هى بموجب أحكام المادة ٣٩٤ من

---

(١) انظر Paul Colin, De la détermination du mandat Salarié. Thèse, Paris 1931, No. 70, 95 et 97. J. Brochard, Manuel du contrat de travail, p. 22. Rivero et Savatier droit du travail, p. 271 de ss. Planiol et Ripert No. 774. Josserand, t. II, 1929.

قانون الالتزامات « عقد يلتزم الوكيل بموجبه بادارة الشؤون التى كلف بادارتها أو بتأدية الخدمات التى وعد بادائها » ٠

«وتنطبق قواعد الوكالة على الاعمال التى لا تخضع الى النصوص القانونية لغيرها من العقود » ٠

«يستحق الوكيل تعويضا اذا ضمن له ذلك الاتفاق أو العرف» ٠

وما دام ينبغى على صاحب العمل المرتبط بعقد عمل ان يدفع كذلك الاجر المتفق عليه لمن يستخدمه ، هناك خطر خلط بين العقدين ٠

ان تبعية الوكيل ، مثلما رأينا ، أقل من تبعية العامل ٠ وفيك Vick يذهب أبعد من هذا ، حتى انه لا يعترف بوجود تبعية بالنسبة للوكيل ٠ حسب رأيه « ان ما يميز عقد العمل عن الوكالة ليست تبعية أحد الطرفين الى الطرف الآخر أبدا، وانما مسألة الزمن وحدها »(١) ٠

ذلك كان أيضا رأى المحكمة الاتحادية عندما قضت تحت سلطان القانون القديم ب « وجود وكالة وليست اجارة خدمات حينما لا يكون أحد الطرفين فى رابطة خدمة ، أى فى رابطة اتكال ، قبل الآخر ، وانما فى مركز مستقل » ٠

---

(١) انظر Commentaire du Code fédéral des Obligations, 1915 Vol. 1, p. 531.

(٢) انظر ATF du 3 avril 1903, cité par A. Richard, Contrat de travail en droit suisse, p. 73,

ويلاحظ بخصوص التعويض ، وجوب تعويض نشاط من يتعهد بموجب عقد العمل دائما ، بينما يكون النشاط الموعود بموجب عقد الوكالة مجانيا كقاعدة عامة • فلا يلزم الموكل الا بتعويض السلف والمصاريف التى يتكبدها الوكيل بمناسبة قيامه بتنفيذ منتظم للوكالة ، وبتبرئته من الالتزامات التى تعاقد عليها (الفقرة ٣ من المادة ٣٨٤ من قانون الالتزامات) •

٢ـ فائدة التفريق :

قبل الخوض فى بحث المعايير ، التى بامكانها استبعاد كل خلط بين عقد العمل وعقد الوكالة ، سندرس بعجالة فائدة التفريق •

(ا) فى القانون الفرنسى : تتلخص هذه الفائدة رئيسيا بما يلى :

١ـ يمكن ان تلغى الوكالة تلقائيا "ad nutum" من قبل الموكل (المادة ٢٠٠٤ من القانون المدنى) ، ولا يحق للوكيل المطالبة بتعويض الضرر فى حالة الفسخ المفاجىء ، الا اذا ثبت عدم وجود اسباب عادلة (Req. 30 octobre 1940, Gaz. Pal. 1940. II. 262) .

ولا يجوز للوكيل ، من جانبه ، ترك الوكالة دون تعويض الموكل ، ما لم توجد ظروف استثنائية (المادة ٢٠٠٧) •

فى حين لا يقبل الفسخ الانفرادى لعقد العمل ، الا اذا كان العقد غير محدد ، فان كان محدد المدة ، لا يستطيع الطرفان المتعاقدان • بعكس الوكالة ، التحرر من التزاماتهما التعاقدية قبل نهاية العقد •

٢ـ تحتفظ المحاكم بحق تخفيض مقدار الاجر الموعود الى

الوكيل اذا رأت انه يتجاوز الخدمات التى أداها ، بينما لا تستطيع تخفيض تعويض الاجير بالحجة نفسها ولا زيادته بحجة عدم كفايته.

٣ـ تختص محاكم العمل بحسم المنازعات المتولدة عن عقود العمل ، ولا يمكن رفع الخصومات الناجمة عن عقد الوكالة الى هذا القضاء .

٤ـ ان النصوص بخصوص الاجور ، التى تنظم طريقة الدفع، والحجز ، والايقاف ، والتقادم ، وضمانات الدفع خاصة ، وكذلك النصوص بخصوص تنفيذ العمل ، والتى تنظم المدة اليومية والاسبوعية والاجازات المأجورة ، والتعويض فى حالة الحوادث أو المرض لا تنطبق كقاعدة عامة الا على أصحاب عقود العمل .

(ب) فى القانون السويسرى :

ان فائدة التفريق هامة أيضا كأهميتها فى القانون الفرنسى .

مثال ذلك :

١ـ ان الوكالة قابلة للالغاء فى جميع الاوقات . وتلك الامكانية تعود لكل من الطرفين المتعاقدين دون ان يلزم بتعويض الطرف الآخر ، ما لم يأت هذا الالغاء فى وقت غير مناسب (المادة ٤٠٤ من قانون الالتزامات) .

عكس ذلك ، لا يجوز ان يتدخل الغاء عقد العمل ذى المدة غير المحددة أو الذى لا يمكن تحديد مدته بالغرض الذى وعد العمل من أجله ، الا بعد انذار طالت أو قصرت مدته (المادة ٣٤٧ من

قانون الالتزامات) ، ما لم توجد اسباب عادلة (المادة ٣٥٢ من قانون الالتزامات) ، أو اثر الغاء المدة اتفاقيا (المادة ٢١ من قانون العمل فى المصانع) ٠

٢ــ ان موت الاجير ينهى عقد العمل دون ان يكون ورثته مضطرين الى الحلول محله ، بينما لا يوجد فسخ فى حالة موت صاحب العمل ، الا اذا كان العقد قد أبرم أساسا بعد اعتبار شخصيته ٠

بالعكس ، ان موت الموكل أو الوكيل يضع حدا لعقد الوكالة ٠ ولكنه اذا تعرضت مصالح الموكل الى الخطر بسبب هذا الانهاء ، يكون الوكيل أو ورثته أو ممثله ملزمين بالاستمرار بالادارة حتى يتسنى للموكل أو ورثته أو ممثله تدارك الامر بانفسهم (المادة ٤٠٥ من قانون الالتزامات) ٠

٣ــ يخلص من نصوص الفقرة ٢ من المادة ٣٩٤ من قانون الالتزامات ، ان قواعد الوكالة تنطبق على الاعمال التى لا تخضع الى النصوص القانونية لعقد العمل أو النصوص التى تحكم عقد المقاولة ، الخ ٠٠٠

ولكن ، يجمل ان نلاحظ انه بينما يقع الضرر الذى يصيب الوكيل على عاتق الموكل فى القانون السويسرى ، الا اذا أثبت أن اى خطأ لا يمكن ان يعزى اليه (الفقرة ٢ من المادة ٤٠٢) ، لا تعفى المادة ٢٠٠٠ من القانون المدنى الفرنسى الموكل من هذه المسؤولية الا عندما يثبت ان الوكيل لم يتخذ أية حيطة ٠ وهذا الحكم فى القانون الفرنسى انفع للوكيل بطبيعة الحال من حكم القانون السويسرى ٠

٣ـ معايير التفريق :

لنتذكر قبل كل شيء ان لا يجوز اعتبار مجانية الوكالة معيارا قانونيا ، لانها ان الفت ، فى الحقيقة ، معيارا أساسيا فى القانون الرومانى ، لا يقل عن ذلـك حقيقة ان الوكالـة فى أيامنا هـذه غالبا ما تكون مأجورة ٠

ولا تؤلف طريقة التعويض أيضا معيارا نافذا ، اذ كما يمكن تعويض الوكيل يمكن تعويض الاجير بمبلغ ثابت أو متغير ، دون ان يؤثر ذلك فى طبيعة اتفاقاتهم ٠

لنر الآن ، بعد ما قيل ، ما هى بقية المعايير التى اقترحت لحل صعوبات التفريق سواء فى فرنسا أم فى سويسرا ٠

(أ) معيار محل العقد :

بموجب هذا المعيار ، يلزم اجراء التفريق بالاستناد الى تحليل طبيعة المحل لكل عقد ٠ الوكيل مكلف بانجاز أعمال غير ماديـة أعمال قانونية ، والاجير ، عكس ذلك ، يتعهد بتنفيذ خدمات يدوية أو عقلية دون القيام بأية وظيفة تمثيلية ٠

هناك وكالة ، فى القانون الفرنسى ، تبعا للورون ، « عندما يعمل المدين وثيقة نيابة عن الدائن الذى يمثله قبل الاغيار الذين يتعامل معهم باسم من كلفه بتمثيله ، بينما ان صح ان المدين الذى يؤجر خدماته أو يلتزم بالقيام بعمل ، يعمل لرب العمل ، الا انه لن يمثله ولن يعمل باسمه » ٠

ان جزءا كبيرا من الفقه والقضاء الفرنسى[1] يتفق وهذا الكاتب على الاعتراف بهذا المعيار الذى سنعرض عيوبه بعد قليل ٠

وكتب المؤلف السويسرى تالبرك[2] معترفا بهذا المعيار نفسه انه : « يترتب على عقد العمل اعطاء صاحب العمل صلاحية التصرف بنشاط شخص آخر ، بينما تميل الوكالة الى تحقيق شأن ليست له صفة مادية » ٠ ذلك أيضا رأى رسالة المجلس الاتحادى لسنة ١٩٠٥ ، التى يقرأ فيها « ان طبيب المستشفى مؤجر للخدمات وليس كذلك الطبيب ذو العيادة الخاصة ، الخ » ٠

العيوب :

بالرغم من ان هذا المعيار مغر بسبب بساطته ، يعاب عليه مع ذلك كونه غير مطلق وغير مؤكد ٠ ذلك لانه كما يجوز للاجير ، من جهة ، انجاز قضايا غير مادية كعمل مدير ذاتية لمشروع ، ومحام يدير مكتب منازعات لشركة مساهمة وخادم يقوم بمشتريات لادارة وتدبير منزل سيده ، يحدث ، من جهة أخرى ، ان يكرس بعض الاجراء جميع نشاطهم لتمثيل الآخرين ، وتلك حالة المسافرين التجاريين[3] ٠

وكتب جى٠ فنسون[4] يجب ان نتذكر ان القانون الفرنسى

---

(١) انظر Mustafa R. Mustafa, La thèse précitée, p. 36, note 3 Encyclopédie Dalloz, p. 641, No. 50.

(٢) انظر Der Dienstvertrage nach sor, p. 49.

(٣) انظر Brun et Galland No. 11-65. Durand et Vitu No. 142.

(٤) انظر La dissolution du contrat de travail p. 376-387.

لا يعرف التمثيل دون توكيل كالتشريعات الالمانية أو الانكليزية ، ويعترف بالوكالة دون تمثيل (القومسيون ، اتفاق اعارة الاسم)» ويواصل القول : « مع ذلك لا يمكن التعويل على محل الوكالة نفسه. ذلك لانه يجوز ان يتألف هذا المحل ، حسب الرأى القضائى الواسع الانتشار ، من أفعال قانونية مثلما يتألف من أفعال مادية » .

يقول رفيرو وسافاتيه « ان أمثال هذه الصعوبات كثيرا ما أدت الى توفيق بين عقد العمل والوكالة . لقد تحرى عما اذا كان المعنى فى موضع الاتكال ، الصفة المميزة لعقد العمل ، بالنسبة للتنظيم العام لنشاطه . فان وجد كذلك انتفع من نظام الاجير . غير ان ذلك لم يمنع صاحب عمله من ان يعهد اليه وكالات تنتج الآثار المعتادة لهذا النوع من العقد . مثال ذلك ، يجوز ان يتلقى المدير الفنى لمؤسسة صناعية صلاحية تشغيل الموظفين والمستخدمين ، فيعمل حينذاك كوكيل دون ان يفقد بسبب ذلك صفته كأجير للمشروع(١) .

(ب) معيار زمن العمل :

لما كان محل الوكالة الرئيسى يجوز بالنسبة لبعض الكتاب ان يحوى انجاز أفعال مادية ، فانهم اذن يعتبرون عنصر « الزمن » المعيار المفرق لهذا العقد عن عقد العمل . تبعا لهم هناك عقد عمل اذا وجب تنفيذ العقد الواجب التنفيذ خلال زمن معين . وبالعكس توجد وكالة ان لم تلعب فكرة الزمن أى دور فى العقد .

---

(١) انظر Droit du travail, 1960, p. 272. Voir dans le même sens Durand et Vitu No. 143.

يقولون ان الوكيل مكلف بانجازفعل أو عدة أفعـــال محددة دون اعتبار للزمن • ان هـــذا الرأى يتفق ورأى الكاتبين الفرنسيين كولان وكبتان(١) •

وذلك أيضا رأى الباحث السويسرى مارتان • فقـــد كتب « ان من يتعهد بالقيام بتصرفات لصالح آخر خلال ثمانية أيـــام يكون عاملا ، ومن يتعهد بالقيام بنفس التصرفات دون ان تلعب مدة خدماته دورا فى ذلك يكون وكيلا(٢) •

لنلاحظ ، مع ذلك ، ان لـــم يستوح القضاء الفرنسى هـــذا المعيار(٣)، فان القضاء السويسرى، عكس ذلك، قد تبناه باعترافه، بصورة عامة ، بان عمـــل الاســتاذ والمحامـــى (ATF, 41. II. 480) والطبيب (ATF, 53. II. 424) وطبيب الاسنان أو عمل المعمار رئيس الاعمـــال (ATF, 63. II. 176) يجب ان يعتبر عملا خاضعا لقواعـــد الوكالة ، الا اذا وجدت رابطة استخدام محددة بالزمن تشـــير الى تعلقه بعقد عمل(٤) •

ولكن الاعمال التى تتطلب بعض المؤهلات العلمية أو الفنيـــة الخاصة ، تبعا لمارتان ، لا يوعد بانجازها ، من حيث المبدأ ، خلال

---

(١) انظر Cours élémentaire de droit civil français, T. 2 No. 113

(٢) انظر op. cit. p. 263. Voir Dans le Même sens fick, op. cit. p. 531, No. 58 et 60 et Gabriel de Perregaux, La direction dans le société anonyme, Thèse de Fribourg, p. 51 et 52, 1925.

(٣) انظر Encyclopédie juridique, Repertoire de droit civil p. 320, No. 23.

(٤) انظر Elly Furier, FJS No. 326, 15 mars 1942.

وقت محدد وفى هذه الحالـــة اذن ، يجب اعتبار العقـد بمثابـة وكالـة(١) ٠

نقـــد :

ان هذا الرأى قابل للنقد جدا ٠ ذلك لانه يؤدى الى القول بان الوكيل لا يستطيع أبدا ان يتلقى صلاحية تفويض عام لزمن محدد ، وهذا ما لا يصح عملا(٢) ٠

(ج) معيار التمثيل :

ان هذا المعيار يهتم على الاخص بفكرة تمثيل الموكل بوساطة الوكيل ، فبينما يكون الهدف الذى يفكر فيه الطرفان المتعاقدان فى عقد العمل هو العمل نفسه الذى يستهدف صاحب العمل الحصول منه على منفعة مادية أو فكرية بصرف النظر عن أية فكرة للتمثيل، يعهد عقد الوكالة الى الوكيل مهمة تسمح له باداء أفعال قانونية قد تتضمن صلاحية اقامة الدعوى لصالح الموكل ٠

يبدو ان هذه الفكرة نفسها قد ألهمت المشرع الفرنسى حينما عرف الوكالة باعتبارها : « سـند يعطى بموجبه شخص الى آخـر

---

(١) انظر Le Code des Obligations, p. 236.

(٢) انظر Encyclopédie juridique, Répertoire de droit civil, p. 320 No. 23.

صلاحية عمل شيء للموكل وباسمه »[1] .

تلك نظرية بلانيول التى تفرق بين الافعال القانونية والافعال المادية ، والتى يؤخذ عليها ضيق الاصطلاح « أفعال مادية » لتفضيل اصطلاح « خدمات غير خدمات التمثيل »[2] .

ان هذا المعيار يصطدم ، فى القانون السويسرى ، بنصوص القانون . فان كانت الوكالة على سبيل المعاوضة قد تميزت حقيقة فى قانون الالتزامات لعام ١٨٨١ عن عقد العمل بطبيعة العمل ، اذ يقوم عمل الوكيل بـ« ادارة شأن » (المادة ٣٩٢) ، وعمل الاجير بـ« خدمة شخصية » (المادة ٣٣٨) ، الا ان المشرع لم يستوجب ان يكون هذا « الشأن » قانونيا . لقد قال ببساطة انجاز « شأن » ، وهو اصطلاح لا يتضمن فى اللغة الدارجة الافعال القانونية وحدها ، بل وبعض الاعمال المادية ، ما عدا الافعال التى تكون طبيعتها مادية محضة ، كصنع أو تغيير أو تصليح شيء مثلا .

أما قانون الالتزامات الحالى فقد تخلى عن هذا المعيار المستمد من التزام العمل الواجب الاداء للتعلق بالمعيار الكائن فى عنصر الزمن . يجوز ان يكون محل كلا العقدين منافع متماثلة . ولكن

---

(١) انظر Durand et Vitu, T. 2 No. 142. Ripert et Boulanger, T. 3 No. 2137. Planiol et Repert T. 11 No. 774. Rouast et Durand, Précis du droit du travail No. 313. Rivero et Savatier, Droit du travail, p. 272. Mazeaud, Leçon de droit civil T. 3 No. 1834.

(٢) انظر Beudant, Cours de droit civil français, 2me éd. T. XII No. 24.

ان كان ينبغى تقديم هذه المنافع فى مدة محددة أو غير محددة نكون امام عقد العمل ، وعكس ذلك ، ان لم يشترط العقد سوى منفعة وحيدة أو عدد معين من المنافع المنفردة تنطبق قواعد الوكالة(١) ٠

نقــــد :

يعاب على هذا المعيار استخدامه اصطلاح « الفعــــل المادى » لغموضه ولعــدم وجود معيار دقيق يسمح بفصــله عــن الفعـل القانونى ٠ ونجـد أحيانا ، من جانب آخر ، ان النشاط الرئيس لبعض المهن المسماة بالحرة نشاطا قانونيا ، ويعتبر ، مــع ذلك ، كمحل لعقد عمل بسبب التبعية المفروضة على المعنيين(٢) ٠

(د) معيار التبعية :

ان الانتقادات التى وجهت الى معيار التمثيل دعت قسما مــن الفقه والقضاء الفرنسى الى القول بتطبيق معيار التبعية(٣) ٠ وطبقا لهذا الاخير ، بينما يجب على الاجير ان يخضع الى أوامر صاحــب العمــل ، مدير عمله ، يؤدى الوكيل مهمته بحرية ، بشرط العمل ضمن حدود الصلاحيات التى عهدت اليه ٠

ان هذه النظرية لا تعطى اصطلاح « التبعية » سوى مفهومــا ضيقا جدا : فهى لا تعتبر التزام الوكيل بتقديم حساب عن ادارته

---

(١) انظر Mustafa R. Mustafa, la thèse précitée p. 47 et ss.
(٢) انظر Encyclopédie Dalloz, p. 641 No. 52.
(٣) انظر les citations faites par Encyclopédie Dalloz dans le même paragraphe précité et Brun et Galland No. 11-65.

الى الموكل ولا الاشراف الذى يزاوله الاخير بخصوص تنفيذ العمل كقرائن تشير الى وجود حالة التبعية[1] • وهذا ما لا يتفق واتجاه القضاء الحديث الذى يفسر التبعية فى عقد العمل ، كما بحثنـا سابقا ، بمعنى واسع • اذن من الصعب اقامة معيار على هذا الاساس وحـــده •

الواقع ، ان بتطبيق معيار التمثيل توصلت المحاكم الفرنسية الى تكييف الطبيعة القانونية لعقـــد المسافرين التجاريين وبعض الممثلين والدلالين قبل ان تنشر لهؤلاء قوانين خاصة ، والى بيـان الفرق بين العقد الذى يربط الرئيس ـ المدير العام بشركة والعقد بين تلك الشركة ومديريها الفنيين أو التجاريين كما سنرى أدناه •

مع هذا ، بما ان تبعية الوكيل للموكل توجد فى الحقيقة وان كانت اقل من تبعية الاجير قبل صاحب العمل ، فاننا نرى ان هناك وكالة كلما مثل المعنى رب عمله وتمتع بنوع من الحرية فى انجاز مهمته ، وعقد عمل : ان أعوزه التمثيل ووجدت التبعية وان كانت بمعناها الواسع •

وعندما يكون هناك تمثيل وتبعية يجرى التفسير سواء فـــى القانون الفرنسى أم فى القانون السويسرى فى صالح عقد العمل •

---

(١) انظر Brun et Galland No. II-65.

٤ـ حالات تطبيقية

أـ الوسطاء فى القانون الفرنسى :

١ـ المسافرون والممثلون التجاريون والدلالون :

ان هؤلاء مساعدون فى التجارة ، مهمتهم الحصول على الزبائن، وابرام عقود البيع والشراء والتحرى عن طلبات الى البيوت التى تستخدمهم ٠ نوقشت طبيعة عقودهم القانونية زمنا طويلا سواء في الفقه أم فى القضاء ٠

بالاستناد الى معيار التبعية كيف عقد المسافرين التجاريين ، على العموم ، باجارة الخدمات وبتطبيق المعيار المشتق من مفهوم التمثيل كيف عقد الممثلين أو الدلالين بعقد وكالة ٠ ولكن اثر احتجاجات شديدة من جانب هاتين الفئتين من الوسطاء منحهم المشرع بعض المنافع المخصصة لغاية منحها الى اولئك الذين كانوا يخضعون الى عقد العمل ٠ فقد مثلهم بقانون ١٨ تموز ١٩٣٧ مع بعض التحفظات بالمستخدمين ، ولكن دون الاهتمام باختبار طبيعة العقد على ضوء أحد المعايير القانونية أو الآخر ٠

والشروط التى يتطلبها القانون هى الشروط التالية :

أـ يجب ان يعمل المعنى لحساب وعلى تبعية تاجر أو صناعى ، وهذا يتضمن ان القانون يتطلب وجود عقد محله التمثيل ٠

ب ـ يجب ان يقتصر على مزاولة مهنته لخدمة أو لمنفعة صاحب العمل ، وهذا ما يتضمن الاشارة الى معيار التبعية الاقتصادية ٠

ج- يجب ان يبين العقد طبيعة البضائع المراد بيعها ، والمنطقة التى يزاول فيها المهنة ومعدل التعويضات والقومسيون والاسهم الممنوحة اليه .

فان لم تجتمع هذه الشروط يكون العقد اذن تبعا لوجود أو غياب رباط التبعية عقد عمل أو عقد وكالة (Cass. 11 novembre 1943 JCP 1945, 2734) (١) .

٢- وكلاء التأمين :

ان دور بعض وكلاء التأمين ووضعهم يقترب كثيرا من دور ووضع بعض الممثلين التجاريين، لهذا نوقشت العقود التى يوقعونها مع الشركات التى يشتغلون لحسابها أيضا لزمن طويل . تتأتى صعوبة تكييف عقودهم من الشروط المتغيرة لفعالياتهم . اذ يقتصر البعض منهم على التعهد بخدمة شركة واحدة ، بينما يملك الآخرون مكاتبهم الخاصة ويشتغلون بحرية تامة .

لقد شبههم القضاء جميعا خلال مدة طويلة بالوكلاء بسبب الاستقلال الذى يطبع نشاطهم (civ. 10 novembre 1891, D. p. 91. 1. 406, Req, 29 avril 1931, D.H. 1931. 332) وجعلهم قانون ١٦ كانون الثانى ١٩٢٧ يفيدون من تنظيم العمل فيما يتعلق بفسخ العقد مع جميع نتائجه القانونية ، دون ان يبين مع ذلك طبيعة عقدهم

---

(١) انظر Durand et Vitu No. 144. Beudant T. XII No. 25. Rivero et Savatier, Droit du travail, p. 273 à 275. Planiol et Ripert, T. XI No. 776. Rouast et Durand, précis No. 314, R. Senellart, la thèse précitée p. 88 et ss. Brun et Galland No. 11-65. Martini, la Thèse précitée No. 2 et 3 Encyclopédie Dalloz No. 54.

ان تفسير هـذا القانون خلـق اتجاهين قضائيين بشأن مـدى تطبيقه ، احدهما يقدر ان الغرض من قانون ١٩٢٧ كان تحسين وضع وكلاء التأمين عند خرق العقد فقط ، وبالتالى اعتبر وكلاء التأمين كوكلاء ، بصورة عامة والاتجاه الآخر أكد ان المشرع أراد بهذا القانون تشبيه وكلاء التأمين بالاجراء فى جميع الاعتبارات • ان دعاة هذا الاتجاه يتساءلون مـاذا يفيـد التفريق بـين الممثلين التجاريين ووكلاء التأمين ما دام للبعض وللآخر بصورة عامة حرية العمل وينفذون أحيانا أفعالا مادية (التحرى عن الزبائن ، وزيادة المواقع ، على سبيل المثال) ؟

لقد فقد هذا الخلاف كثيرا من أهميته العملية بأثر وضـع انظمة وكلاء التأمين(١) التى صودقت بمرسوم ٥ آذار ١٩٤٩ الخاص ب « وكلاء التأمين ضد الحريق ـ والحوادث ـ والمخاطر المتنوعة » ومرسوم ٢٨ كانون الثانى ١٩٥٠ المتعلق بوكلاء التأمين على الحياة•

ان هذه المراسيم لم تشرح طبيعة عقد وكلاء التأمين ، ولكن يبدو انه عقد ذو طبيعة خاصة "Sui generis" تمت طبيعته بصـلة فى الوقت نفسه الى طبيعة اجارة الخدمات والوكالة •

ملاحظة أخيرة ، ان بعض الكتاب يرون انه يجوز تطبيق قواعد الوكالة على الافعال التى تعاقد عليها وكيل التأمين مـع الآخرين ويجوز ان تخضع روابطه مـع الشـركة نفسها الى قواعـد اجارة

---

(١) تجب الملاحظة ان انظمة وكلاء التأمين هذه لا تعنى جميع الوكلاء ، فهى لا تشمل وكلاء التأمين البحرى والنهرى ووكلاء التأمين الجوى ولا وكلاء اعادة التأمين وشركات التمويل •

الخدمات[1] ٠

ب ـ الوسطاء فى القانون السويسرى :

يشكل المسافرون التجاريون مع الدلالين والممثلين والوكلاء والجباة والمفتشين فئة كبيرة من العمال تدعى باصطلاح عام ب« الوسطاء » ٠ ان جميع هؤلاء يشتركون بوظيفة اقتصادية واحدة ، هى صفة الجمع بين البائع والمشترى لغرض المفاوضة أو الاتفاق على شأن ٠

يمكن تقسيم هؤلاء الوسطاء الى مجموعتين كبيرتين : من جانب، اولئك الذين ينفذون نشاطهم وهم فى حالة اتكال والمرتبطين بالبيوت التى تستخدمهم بعقد عمل ، ومن جانب آخر ، اولئك الذين يعملون بطريقة ذاتية أو مستقلة والمنتفعين من عقد الوكيل٠

هكذا ان تكييف الروابط القانونية بين « الوسيط » و« بيته » يتوقف قبل أى شىء على الاستقلال الذاتى الذى يتمتع به الوسيط فى مزاولته لنشاطه ٠

ففى غياب حالة الاتكال نكون أمام عقد الوكيل وبعكسه أمام عقد العمل ٠

---

(١) انظر P. Mars, Le conciergerie. Thèse, Poitiers, 1936, p. 22. Paul Colin, la thèse prêcitée No. 134. Brun et Galland No. 11-74. Rivero et Savatier, Droit du travail p. 274-275. Encyclopédie Dalloz, p. 641 No. 75. Planiol et Ripert, T. XI No. 775. Durand et Vitu No. 150.

يفيد المسافر التجارى على العموم من عقد العمل · ولكن قد يقال بوجود رابطة قانونية أخرى ، لا سيما رابطة عقد الوكيل ، بسبب الاستقلال الذاتى الذى يتمتع بـه المسافر التجارى فى مزاولته لنشاطه ·

ان الوكيل يتصرف بحرية فى وقته بينما يلزم المسافر بملاحظة تعليمات صاحب العمل · ان الوكيل يتعامل على قدم المساواة مع المشروع الذى يشتغل لحسابه ، وفى غالب الحالات لـه موطنه التجارى ويملك مكاتبه الخاصة به · وبعض الوكلاء مسجلون فى السجل التجارى ، ويستخدمون مساعدين شخصيين ·

الواقع ، ان الوكيل تاجر مستقل مرتبط بوكالة من نوع خاص بالبيت الذى يشتغل لحسابه ، وذلك لان استمرارية الخدمات التى تنطوى عليها الوكالة تقربها كثيرا من عقد العمل · عكس ذلك ، ان المسافر التجارى مستخدم يخضع الى القواعد الخاصة فى القانون الاتحادى حول شروط اشتغال المسافرين التجاريين(١) ·

وبالنظر لاقتراب فكرة عقد الوكيل التجارى بصورة خاصة من

---

(١) انظر Pierre Bideau, FJS No. 140, 15 sept. 1957 et FJS No. 585 juillet 1954. Message du Conseil fédéral à l'appui d'un projet de loi sur le contrat d'agence du 27 nov. 1947 (FF 1947, p. 681 et ss.. Charles Dûrr, Du contrat d'agence, Berne 1959 (p. 11 et ss.). Commentair de la loi fédérale sur contrat d'agence, éd. de l'Union des voyageurs de commerce de la Suisse romande, Genéve. Charles Reymond, op. cit. p. 363 No. et 329 No. 3. Revue Droit du travail et assurance - chômage, 1954, 2 me année p. 8 No. 9.

فكرة الوكالة ، وضع لها المشرع فى القانون حول عقـــد الوكيل التجـارى (Contrat d'agence) ، الصادر فى ٤ شباط ١٩٤٩ تحت رقم ٤ ، فصلا جديدا فى الباب الثالث عشر من قانون الالتزامات (المواد ١٤١٨آــت)(١) •

ان المادة (٤١٨ـأ) عرفت الوكيل التجارى كالآتى :

« ان الوكيل التجارى (agent) هو من يتعهد القيـام باستمرار فى مفاوضة ابرام شؤون لحساب موكل أو عدد من الموكلين أو ابرام العقود باسمهم ولحسابهم دون ان يرتبط وأياهم بعقد عمل » •

ان عنصر الثبات الذى يقرب وضع الوكيل التجارى من وضع العامل لا يتضمن وجوب تكريس الوكيل كل وقته لنشاطه • أمـا اذا سادت العناصر المنشئة للتبعية والاتكال فى عقد ، يجمل الخلوص الى القول بوجود عقد عمل ، وفى الحالة المعاكسة ، يجب الاعتراف بوجود عقد الوكيل التجارى (Contrat d'agence) .

ان عقد الوكالة التجارى تبعا للقضاء السويسرى هو عقد ذو طبيعة خاصه "Sui-generis" يخضع بشكل رئيس الى النصوص المتعلقة بالقومسيون (ATF 40, 392) والسمســرة (ATF 131, Zü, R. Nr. 174) أو بعقد العمل • (تطبق مثلا نصوص فسخ هذا الاخير على عقد الوكالة التجارى الغير القابـل للفسخ والمبـرم لمـــدة طويـــلة (Bı, zü, 4 p. 121 Nr. 74) ، بينما تنطبق قواعد فسخ الوكالة على عقود الوكيل التجارى التى غرضها مهمة واحدة ومبرمة بصفة موقتة (Bı, zu, R8, p. 257 Nr. 141) .

---

(١) انظر JdT, 1948, p. 87 et FF 1947, III, p. 681 et ss.

لكن هذا لا يمنع القضاء من التحرى عما اذا كان الشخص الذى يدعى بارتباطه بعقد الوكيل التجارى مستقلا أو انه ليس الا عاملا بسيطا ٠

هكذا قضى بأن الشخص يتمتع بعقد عمل أو بعقد المسافر التجارى عندما يكرس كل وقته لخدمة بيت واحد(١) وعندما يلتزم بالاشتغال نصف اليوم وعندما يقبل التعليمات حول قبول الطلبات وعندما يتولى صاحب العمل فرض الثمن(٢) ٠ وكذلك الامر عندما يلتزم بتقديم تقرير عن نشاطه الى صاحب العمل(٣) ٠

بالعكس ، ان المسافر التجارى الذى يتصرف بوقته بحرية ولا ينبغى عليه تقديم تقرير عن نشاطه ، يخضع على العموم الى قواعد عقد الوكيل التجارى لا الى قواعد عقد العمل وان كان صاحب العمل قد تخلى عن تلك الرقابة لمجرد تجنب تطبيق القانون الخاص بالمسافرين التجاريين(٤) ٠

ج ـ المديرون العامون والمديرون الفنيون للشركات المساهمة :

١ ـ فى القانون الفرنسى ، لقد خدم معيار التبعية القانونية

---

(١) انظر Arrêt de la Cour de Justice de Genève du 15 décembre 1933, Sem. jud. 1935, p. 58.

(٢) انظر Luzern Obergericht 23. IV. 53, ZBJV 89, p. 327

(٣) انظر Horgen Bezirksgericht 2. X 56, Droit du travail et assurance - chômage 5. 1957, No. 20.

(٤) انظر Bâle-Ville, Tribunal d'appel, 8. 11. 58, Basier uristische Mitteilungen 1960, p. 169.

أحكام القضاء خدمة جليلة للفصل بين عقد العمل وعقد الوكالة حينما كان يقتضى الامر اجراء تفريق دقيق بين المديرين العامين والمديرين الفنيين للشركات المساهمة ٠

المدير العام يدير مجمل الشؤون ٠ بصورة عامة ، ينفذ قرارات مجلس الادارة الذى يمثله ، ويتمتع بحرية كبيرة ٠ لهذا يؤكد على انه وكيل ، وهذا ما يتأيد بالمادة ٢٢ من قانون ٢٤ تموز سنة ١٨٦٧ الذى يخضع المدير العام الى الفسخ الانفرادى (ad nutum) ، وهو الصفة المميزة للوكالة ٠

عكس ذلك ، ليس المدير الفنى الذى مهمته ادارة بعض الخدمات المحددة بوضوح ٠ تحت اشرافه وطبقا لاوامر الادارة العامة ، الا مستخدما رفيع الدرجة فى الشركة التى يرتبط وأياها بعقد بهذه الصفة ، وينتفع من جميع النصوص القانونية الموضوعة لصالح الاجراء ٠

غير ان العمل كشف النقاب عن ان مصالح الشركة تؤدى أحيانا الى ان تعهد وظيفة المدير الفنى الى المدير العام ، أو أن هذا يحاول الجمع بين الوظيفتين لتثبيت مركزه كوكيل ومنتفع من النصوص التى تنساب عن عقد العمل ٠ فما هى الطبيعة القانونية للعقد فى مثل هذه الحالة ؟

ان القضاء يعترف بالربط هذا بين الوظيفتين بشرط ان يعتبر المعنى مرتبطا بعقد الوكالة وعقد العمل فى الوقت عينه ٠ بتعبير أخر انه يعترف بتعايش العقدين ، ولكنهما يعتبران كعقدين مستقلين ، فسخ أحدهما لا يؤثر على وجود الثانى ٠

ينبغى أيضا ان يكون عقد العمل جديا ، والا يكون هدفه الوحيد هو التحايل على قواعد النظام العام المتعلقة بخرق الوكالة ، كأن يقوم المدير الفنى بتعيين وعزل الموظفين أو المستخدمين ، يدير مجمل الامور ، ويوقع الوثائق القانونية الاكثر أهمية باسم الشركة • ان المحاكم ، فى هذه الحالة تكيف العقد تبعا لطبيعته الحقيقية ولا تعتبر التعابير التى يستخدمها الطرفان (Req. 13 juin 1936, D.P. 1938. 1. 93, note p. Cordonnier, Soc. 13 avril 1945, D. 1946, J. note Ripert s. 1946. 1. 97, Note Bastion J. Soc. 1946. 232)[1] •

ب- وفى القانون السويسرى، يصعب تحديد الطبيعة القانونية لعقد مدير الشركة • ولاجل الحكم فيما اذا كان المدير وكيلا أو على العكس مستخدما ، يجب دراسة الظروف لكل قضية معينة ، لا سيما المهام التى أنيطت به وأهمية وظائفه •

تتقرر روابط المدير بالشركة بنصوص ميثاق أو انظمة الشركة أو بشروط الاتفاق المعقود بين المدير ومجلس الشركة باسم الشركة • أما فى الحالات غير المنصوص عليها فى المواثيق

---

(١) انظر
J. Escarra, E. Escarra et J. Rault, Traité théorıque et pratique de droit commercial, p. 235 No. 1530 V. IV 5me éd. 1955. Rausseau, Traité théorique et pratique des societés commercials françaises et etrangères, p. 749 et ss. V. 1, 5me éd. 1921. Escara, Manuel de droit commercial No. 815, 1948. Durand et Vitu 149. Brun et Galland No. 11-75. Encyclopédie Dalloz, p. 641, No. 57. Rivero et Savatier, Droit du travail, p. 275. Martini, la thése précitée p. 23-24 No. 14. Paul Colin, la thèse précitée No. 135. Planiol et Ripert, T. XI No. 775 G. de perregaux, La direction de la sociétée anonyme, Thèse de Fribourg p. 23 à 25, 1925.

والانظمة أو الاتفاق ، فينبغى استيحاء الحلول التى وضعها القانون أو القضاء ٠

ان المشرع يوصى (فى المـادة ٧٠٥ مـن قانون الالتزامات) بالاخذ بحل مختلط لعزل المدير ، عضو الشركة ، يعطى الجمعيـة العامة حقا بعزله فى أى وقت دونما سبب ، مثلما يعزل الوكيل ، شرط ان يدفع له تعويض يمثل الاجر المستحق الى غاية أقرب موعد قانونى للاستراحة ٠ وفى حالة الفسخ لاسباب عادلة ، فلا يستحق المدير أى تعويض (المادة ٣٥٢ من قانون الالتزامات) ٠

أما عن المدير الذى لا يعمل كعضو فى الشركة ، فيجب التحرى عما اذا كانت صلاحياته على درجة من الاتساع ، بحيث يقع تحت حكم المادة ٧٠٥ فيكون وكيلا ، أم بالعكس عما اذا تعلق الامـر بصلاحيات ذات صفة فنية من حيث الاساس ، وفى هـذه الحـالة يكتسب صفة المستخدم فى الشركة(١) ٠

ويجوز ان يتقرر التفريق بين المدير الفنى والمدير العـــام أيضا تبعا لاستقلال أو تبعية المعنى ٠ ان من يتصرف بحرية بوقته ويعمل بكل حرية باسم ولحساب الشركة يكون وكيلا ٠

تبعا للمحكمة الاتحادية ، ان من يعمل عـــلى مخاطـر شخص

---

(١) انظر حول هذا الموضوع. G. de Perregaux, la thèse précitée p. 49 et ss. Pour plus de détails, Voir Pierre Gallasson, La responsabilité civil des administrateurs de la sociétée anonyme envers les creanciers sociaux en droit suisse, p. 190 à 233. Thèse de Fribourg, 1937.

اعتيادى أو شخص معنوى ولمنفعته ، يشتغل بلاجدل وهو فـــى رابطة اتكال ، انه تابع الى مالك المشروع بالنسبة لحقه فى العمل ويوجد بالنسبة اليه فى رابطة المستخدم بصاحب العمل ، مهما كان المركز الذى يحتله فى المشروع ، مركز المدير أو مركز المأمور . تلك حالة المديرين الاعضاء فى شركة مساهمة الذيـــن يزاولون نشاطهم الرئيس فى اطار مشروع الشركة . انهــم يعملون فـــى الواقع ، باسم ولحساب الشركة المساهمة ، التى لها صفة صاحب العمل باعتبارها شخصا قانونيا مستقلا ومالكة للمشروع ، تتحمل المخاطر وتستمد الارباح . وبالتالى انهم جميعا يصنفون على العموم فى فئة الاجراء(١) .

وتبعا لمحكمة العدل فى كانتون جنيف(٢) ، ان ما هو قاطـــع لتقرير الطبيعة القانونية للعلاقات بين الطرفين هو نيتهما الحقيقية المشتركة وسلوكهما خلال الزمن الذى اشتغلا فيه معا .

حينما يشتغل شخصان فى نفس المشروع ولا يشتركان فـــى الارباح وحدها ، بل وبالخسائر أيضا وحينما يملك الاثنان صلاحية التوقيع المشترك لشغل ذمة المشروع ولكل منهما حساب جـــار شخصى ، يستطيع السحب عليه بحرية ، ولا توجد حالة اتـــكال حقيقية ولاتبعية لاحدهما بالنسبة للآخر ، يحق الاستدلال على وجود شركة بسيطة وليس عقد للعمل وان نعت احدهما بمدير عـــام للمشروع .

---

(١) انظر Arrêt du 11 octobre 1952 publié dans la revue "Droit du Travail et assurance-chômage", 1, 1953, p. 43 No. 48.

(٢) انظر Sem. jud. 1942, p. 249, ch. 3.

ولنلاحظ أخيرا ان امكانية جمع الوظائف فى شخص واحد معترف به فى القانون السويسرى كذلك كما هو الحال فى القانون الفرنسى • فمثلا ، حكم بان « التخويل الذى يعهد الى مدير قديم لتصفية شركة لم يستبعد استمرار وظائفه كمدير ، وان قبول هذه الوظائف لا يؤلف حتما تخليا ضمنيا عن الحقوق الناجمة عن عقد العمل »(١) •

د ـ مديرو فروع المحال التجارية :

١ ـ ان التفريق بين الوكالة وعقد العمل، فى القانون الفرنسى، دقيق فيما يخص مديرى الفروع للشركات ذات الفروع المتعددة ، ذلك لانهم مضطرون ، من جهة ، على البيع حسب الشروط التى تفرضها الشركة ، وعلى تحمل رقابة حساباتهم ، ويتمتعون ، من جهة أخرى ، بشىء من الاستقلال فى تنفيذ عملهم •

لقد قضت المحاكم فى البداية بانهم كانوا على العموم وكلاء يضمنون ادارة الاموال التجارية بكل استقلال ، يشغلون ويفصلون الموظفين والمستخدمين وفقا لاهوائهم ويسألون عن تطبيق القوانين الاجتماعية •

(Cas. civ., 25 nov. 1936, D. 1937. 1. 91, Cour. Sup. d'arbitr. 8 fév. 1939, Rec. Gaz. pal. 1939. 1. 586).

وبسبب نشاطهم التابع جزئيا عدل مركزهم بشكل محسوس بتدخل المشرع الذى جعلهم ينتفعون لاول مرة عام ١٩٣٥ من بعض

---

(١) انظر Praxis 11, No. 78.

التأمينات الاجتماعية وجاء بعده قانون ٢١ آذار ١٩٤١ الذى اخضعهم بصرف النظر عن أى تكييف للعقد الى جزء هام من نصوص قانون العمل والى نصوص قانون ١٠ آب ١٩٣٢ الخاص بحماية اليد العاملة القومية .

غير ان قانون ١٩٤١ خفف مبدأ تشبيه جميع مديرى الفروع بالاجراء ببيانه ان رئيس المشروع لا يسأل قبلهم عن تطبيق نصوص الكتاب الثانى من قانون العمل ، اى النصوص الخاصة بمدة العمل الاسبوعى والصحة والسلامة فى المؤسسة ، الا اذا كانت شروط العمل هذه وشروط الصحة والسلامة قد وضعت من قبله أو اخضعت الى موافقته .

بايجاز ، يجوز اليوم تشبيه مديرى الفروع بالعمال الاجراء ما لم يكونوا « مديرين غير مأجورين » اى « مديرى فروع بيوت بيع المواد الغذائية بالمفرد أو مديرى تعاونيات استهلاكيه » . ان هؤلاء يعتبرون بموجب قانون ٣ تموز ١٩٤٤ كرؤوساء المؤسسة بالنسبة للموظفين والمستخدمين تحت امرتهم ، الا انهم يفيدون مع ذلك من أغلب المنافع المخصصة الى الاجراء ، لا سيما فى مادة الضمانات الاجتماعية والمخصصات العائلية والاستراحات المأجورة ، ويفيدون تبعا لكيفيات معينة من ضمانات حوادث العمل(١) .

٢ــ وفى القانون السويسرى ، نستطيع القول بصورة عامة ،

---

(١) انظر Brochard, Manuel du contrat de travail, 1960, p. 289 et ss. Brun et Galland No. 11-73. Rouast et Durand, Précis p. 397. Durand et Vitu No. 151. Encyclopédie Dalloz, p. 641 No. 58.

كما رأينا سابقا ، ان مديرى الشركات ، بما فيهم رؤساء المشاريع، يعتبرون كأجراء ، أما مديرو الفروع ، فيمكن تصنيفهم من باب أولى فى فئة الاجراء كذلك مـــا دامــوا لا يتمتعون فـــى ادارتهم لفروعهم الا باستقلال ذاتى أقل كثيرا من الاستقلال الذى يتميــز به نشاط مديرى المشاريع الرئيسية ·

هـ ـ أعضاء المهن الحرة :

١ـ فى الحقيقة ان تكييف العقود التى تدعى بالفنون الحرة ، فى القانون الفرنسى ، ليس هاما الا لتفريق عقد الوكالة عن عقد المقاولـــة ·

ان عقد العمــل لا يدخــل فى خط الحساب الا عندما يتضمن الرباط التعاقدى حالة تبعية كالرباط القائم بين طبيب وبيــت صحة ، بين مولدة ودار أمومة ، وبين محام يلتزم بصفة مستشار قانونى وشركة تأمين مثلا ·

مع ذلك ، لا يخلو من الفائدة ان نعــرض باختصار التطــور التاريخى الذى حدث فى هذه المادة ·

لقد حكم القضاء ، خلال فترة طويلة من الزمن تبعا لتقليــد يرجعونه غالبا الى القانون الرومانى ، بان ممارسة المهن الحـــرة لا يمكن ان تكون محلا لعقد العمل بسبب محل خدماتها · ان عقد العمل لم يتعلق ، عند الرومان ، الا باعمال عبودية · أما الاحرار كالطبيب والاستاذ والمحامى والمهندس فكانوا ينفذون أعمالا فكرية ومشرفة ، لم يكـــن بالامكان تعويضها الا بالاعتراف بالجميل أو

بهدايا . لذا قيل انه لا يجوز اخضاعهم الا الى القواعد الخاصة بالوكالة .

يرد على هذه الحجة بان كل فعل ، يمكن ان يكون محلا لعقد العمل ، يتضمن جزءا صغيرا أو كبيرا من النشاط الفكرى ، وان صعوبات الحياة الحديثة تضطر جميع من يزاول مهنة حرة الى التفتيش عن سبل العيش ، أما بخصوص الشرف ، فليست طبيعة العمل مصدره (جميع الاعمال مشرفة) وانما سلوك الفرد مصدره.

الحقيقة ، ان جزءا من فقه القرن التاسع عشر اقترح ان تخضع هذه المهن الى قواعد خاصة(١) وان أوبرى وراو ذهبا الى أبعد من هذا . فقد ادعيا بالا يمكن ان تكون الافعال التى تنفذ فى نطاق المهن الحرة محلا لعقد ، وذلك لانها لا يمكن ان تقدر بنقد ولانه

لا يمكن ان تقدر بنقد ولانه لا يمكن اكراه من وعد بتقديمها على تنفيذها .

ولكن هذا المفهوم المتطرف قد نبذ اليوم ، وينبغى الاعتراف بان العقود التى تشد أعضاء المهن الحرة بزبائنهم يجوز ان تكيف تبعا لمقتضى الحال ، بوكالات أو بعقود مقاولة أو بعقود غير مسماة أو بعقد العمل مثلما رأينا عند دراستنا لبعض الحالات التطبيقية فى الفقرة السابقة(٢) .

---

(١) انظر C'est aussi l'avis de M. Lotmar, V. A. Richard, op. cit. p. 78 et ss.

(٢) حول مجمل هذا الموضوع انظر Durand et Vitu No. 152, J. Savatier, Etude de la profession libérale, thèse, Poitiers 1947, Rivero et Savatier, Droit du travail, p. 270 Planiol et Ripert, T. XI No. 777 Rouast et Durand, Précis No. 313, p. 391. Encyclopédie ←

٢ـ اما فى القانون السويسرى، فان مسألة معرفة كون الاعمال التى تفترض ثقافة علمية أو فنية خاصة يمكن ان تكون محلا لعقد العمل قد حسمت ايجابيا وبوضوح فى المـــادة ٣٦١ من قانـــون الالتزامات التى قطعت سبيل النقاش ٠

ان ما يقرر طبيعة العقود التى يعقدها أعضاء المهـــن الحرة ، بموجب هذه المادة ، ليست طبيعة الخدمـــات المقدمة ولا شخصية المتعاقدين وانما معيار الزمن المنصوص عليه فى المادة ٣١٩ مـــن قانون الالتزامات ، بتعبير آخر نكون أمام عقد العمل اذا اتفق على تقديم منفعة العمل لزمن محدد أو غير محدد ووكالة أو عقد مقاولة تبعا لوجود أو غياب حالة التبعية ، اذا افتقد عنصر الزمن ٠

يخطىء فيك حينما يؤكد دون تحفظ بان « عقد التعليم يؤلف اليوم عقد وكالة وليس عقد عمل » وحينما يضيف « ويكون عقد المعمار اليوم كذلك ، خلافا للقضاء القديم ، عقد وكالة »(١) ٠

ان المحكمة الاتحادية قد اعتبرت، تحت سلطان القانون القديم، العقد الذى يتعهد بموجبه ببساطة معمار بوضع خرائط لبناء كعقد

←

Dalloz, p. 641 No. 61 et 62. Beudand, Cours de droit civil français, T. XII No. 25. R. Senellart, Des Contrats de louage de services passés par les médecins, Thèse, Lille, 1939, p. 75 à 83. Paul, colin de la détermination du mandat Salarié, Thèse Paris 1931, No. 19 à 29 et 35. Martini, thèse précitée p. 81, 141 à 144 et 152. Hue, Commentaire théorique et pratique du Code civil T.X. 1897, No. 379. Mustafa R. Mustafa, thèse pécitée, p. 55.

(١) انظر Fick, op. cit. Nos. 69 et 70.

عمـــــل (ATF XII. 8 2 mars 1897) وقضت كذلك بوجوب اخضاع نشاط الاستاذ المحدد بزمن الى النصوص المتصلة بعقد العمـــل • (ATF, 41. II. 480) .

ويقول مارتان ، بمناسبة معالجة طبيعة العقد الـــذى يربط المحامى بزبونه « ان المحامى الذى يدير دعوى ويدافع عن قضية ، والمحامى الذى يدير شأن ويؤدى الخدمات التى وعد بأدائها يقبل وكالة (المادة ٣٩٤) ، لانه لم يعد باداء عمله لزمن محدد أو غير محدد • أما اذا قدم استشارةفالعقد الذى أبرمه مع زبونه يقترب من عقد **المقاولة** • وان كان فى خدمة شركة صناعية أو ماليـــة كرئيس لمكتب المنازعات القانونية • فان العقد الـــذى يربطـه بالشركة هو عقد عمل •

وان الطبيب الذى يعطى العلاج الى زبونه لا يكون مستخدما لديه بل وكيله ، بينما الامر خلاف ذلك بالنسبة للطبيب المرتبط بمستشفى •

وعلى هذا المنوال ينبغى التعليل فيما يعنى الرسامين والمعماريين والفنانين الروائيين ، نعنى تنطبق عليهم قواعد عقد العمل عندما يشغلون خدماتهم لصالح صاحب عمل لزمن محدد أو غير محدد(١) •

---

(١) انظر Le Code des Obligations. Des contrats civils, p. 223 et 224. Dans le même sens, voir l'avis de Thalberg, cité par A. Richard. Le contrat de travail en droit suisse, Thèse, Genève, 1913, p. 80 et 81. Otto Lang, Commentaire du contrat de travail, 1930, ad. art. 316, p. 75. E, schweingruber, Commentaire du contrat de travail, 1952, ad. art 316, p. 112.

من حيث المبدأ ، يرتبط بعقد عمل جميـــع الاشخاص الذيــن يزاولون مهنا حرة كلما تمثلت فى الخدمات المجهزة العناصر المنشئة لعقد العمل ، حسب أحكام المادة ٣٦١ من قانون الالتزامات ٠

ولنذكر أخيرا ان بعض المؤلفين قد لاحظوا ان الفقرة الاخيرة من المادة ٣٦١ من قانون الالتزامات سطحية ولم تأت بأى جديد ٠ يقولون ان من البديهى ان أحكام عقد العمل تنطبق على الاتفـــاق الذى يجمع العناصر الجوهرية لعقد العمل(١) ٠

الفـــرع ٣

عقد العمل وعقد الشركة

هناك خطر احتمال الخلط بين عقد العمل وعقد الشركة أيضا سواء فى القانون السويسرى أم فى القانون الفرنسى بسبب ان :

(أ) كلا من العقدين يتطلب مساهمة الاطراف ٠ صحيح ، ان سهم الشريك فى الشركة البسيطة يقوم على العموم بمساهمة نقدية أو عينية ، ولكن هذا السهم يجوز ان يقوم أيضا بصناعة(٢) كسهم الاجير ، الذى يتألف من تقديم قوته البدنية أو قابلياته الفكرية ، تمامـــا ٠

---

(١) انظر Otto Lang, op. cit. art. 361, p. 75 No. 3 Voir aussi Mustafa R. Mustafa, la thèse précitée, p. 56, note 1.

(٢) انظر art. 1832 et 1833, CCF, et art. 530, al. 1. CO suisse.

(ب) فى كـل من العقدين يتعاون الطرفان ظاهريا فى عملية الانتاج وازدهار المشروع يتوقف على جهودهما ٠

(ج) عقد الشركة يتضمن مساهمة الشركاء فى منافع الشركة ، والاجراء أيضا يكونون احيانا معنيين فى أرباح المشروع ٠

١ـ فائدة التعريف

بالرغم من التشابه المذكور أعلاه ، يظـــل العقدان مختلفين اختلافا بينا ٠ فى الواقع : ان :

أـ الشريك يشارك اعتياديا فى الادارة والاجير يدار من قبل صاحب العمل ٠

بـ الشريك يتحمل من حيث المبدأ خسائر الشركة والاجـير معفى منها ٠

جـ الشريك لا ينتفع من نصوص تضمن حصته فى منافـــع الشركة ٠ وللاجير امتياز عام ، بالنسبة لحصته فى المنافع وبالنسبه لاجره ، على أموال صاحب العمل ٠

د ـ لا يمكن فصل الشريك من قبـل شريـكه ، بينما يستطيع صاحب العمل فصل العامل ٠

هـ لا تنطبق على عقد العمل المواد ٨٥٣ و٨٥٤ من القانون المدنى الفرنسى الخاصة بالشركات المتكونة بـــين المتوفى وأحـد ورثته، ولا الفقرة٢ من المادة ٥٤٧ من قانون الالتزامات السويسرى

المتعلقة بمواصلة شؤون الشركة بعد موت أحد الشركاء من قبل وريثه ٠

و ـ النصوص التى تنظم انتهاء الشركة (المادة ١٨٦٥ مدنى فرنسي والمادة ٥٤٥ التزامات سويسرى) تختلف عن النصوص التى تحكم انتهاء عقد العمل (المادة ٢٣ من الكتاب الاول من قانون العمل الفرنسى والمادة ٣٤٥ وما يليها من قانون الالتزامات السويسرى)[١] ٠

٢ ـ معايير التفريق

ان جميع هذه الاختلافات تجعل اختبار المعايير التى اقترحت لتفريق الشركة البسيطة عن عقد العمل أمرا هاما ٠ وتلك المعايير هى :

١ ـ معيار التبعية :

يقف جميع الشركاء فى الشركة على قدم المساواة ، بما فيهم الشريك الذى يتكون سهمه من صناعته ، اذ لا يخضع الاخير الى سلطة الشركاء الآخرين ولا يتلقى منهم الاوامر ، ويشترك فى ادارة المشروع اشتراك من قدموا رؤوس الاموال ٠ يقابل ذلك ، ان مشاركة الاجير الاتفاقية فى المنافع لا تغير شيئا فى حالة تبعيته

---

(١) انظر En ce qui concerne le droit français, ch. Llon-Caen et L. Renault, Manuel de droit commercial, p. 116 No. 112. 15e éd. 1928. Durand et Vitu No. 153.

ولا تمنحه أى حق بالاشتراك فى الادارة • ان تبعية الاجير تتعارض مع مبدأ تساوى الشركاء •

لقد أكد فى بداية عصرنا بعض الكتاب ، الذين هم اقتصاديون واخلاقيون أكثر من كونهم قانونيين ، أمثال شتلان(١) فى فرنسا وكولدنبرك فى سويسرا ، ان علاقة العمل التى تربط العامل بصاحب العمل تؤلف فى الواقع عقد شركة وليس عقد عمل •

هكذا ، ان كولدنبرك(٢) يرى فى حالة التبعية نوعا من التعاون المتبادل بين العمال وأصحاب العمل فى الانتاج • ويحتج لتأييد رأيه بالاضطرابات الاقتصادية الخطيرة التى تتولد بأثر الاضرابات طويلة الامد •

ونحن نرى خلاف رأيه • الحقيقة ، ان عقد العمل ، كسائر معظم عقود المعاوضات يتضمن وجود مصالح متناقضة أحيانا بين الاطراف المتعاقدة ، مصالح تجر أحيانا الى بعض الاضرابات مع نتائجها الخطيرة •

لقد كتب حول هذا الموضوع اسكارا ورول(٣) : « بأن لا ريب

---

(١) انظر De la nature du contrat entre ouvriers et entrepreneurs. Alcan 1902. Esquisse d'une nouvelle théorie sur le contrat de travail. Revue trimestrielle de droit civil, 1904, p. 312.

(٢) انظر De la nature juridique des contrats de travail, Thèse de Genève, p. 67, 1908.

(٣) انظر Traité thèorique et pratique de droit commercial, p. 83 No. 64, V. 1, 5me éd. 1955.

ان عقد الشركة ليس العقد الوحيد القائم على أساس التعاون ، غير ان روح التعاون التى تحث أعضاء الشركة ذات طبيعة خاصة • ان نفسية الطرفين فى العقد تفكر فى العقــد نفسه • عليه ان الحالة النفسية الخاصة جدا التى تحرك الشركاء هى التى تسمح بتفريق عقد الشركة عن بقية الاتفاقات التى تقترب منه ، بإرادة التعاون التى توحد المتعاقدين » •

والكاتبان السويسريان كول وكومر[1] ، يريان ، من ناحيتهما ، ان دافع الاشتراك ''animus Societatis'' ، الصفة الاساسية للشركــة ، يظهر الفرق الجوهرى بين عقد الشركة والعقد الثنائى : ان هذا الاخير يضمن تبادل المنافع المتعادلة الخاضعة الى اشتراط متبادل ، بحيث ان من يتابع تنفيذ عقد ثنائى ، يجب ان يكون قد نفــذ التزامه الخاص به (المادة ٨٢ من قانون الالتزامات) ، بينما الامر معكوس تماما فى الشركة : اذ لا تكون المنافع متبادلة بعضها ببعض أخر ، بل انها تقدم لتحقيق هدف مشترك بــين جميع الشركاء ، دون ان تكون المنافع متعادله بالضرورة : فالشريك لا يلتزم بتقديم منفعته فقط ، وانما يحق له بسبب اشتراكه بالارباح ان يعمل على افادة الشركة ، واخيرا تربط جميع الشركاء العلاقات المتبادلــه نفسها ، بينما اذا اشترك عده اشخاص فى عقد ثنائى ينقسمون بالضرورة الى مجموعتين دواتى مصالح متقابله •

اما عن مساله الادارة ، يجيب دوندنبرك ، بان جميع الشركاء لا يشاركون بادارة المشروع • ذلك صحيح ، غــير انــه ينسى ان

(١) انظر FJS No. 676, Société simple-Définition-Création, 15 octobre 1942.

الاجير لا يلعب أى دور فى الادارة ، ويتوجب عليه ان يقبل دائما توجيهات رؤسائه أما التعاون القائم بينهم فيراد به ضمان وسائل العيش الى العامل وضمان الربح لصاحب العمل • يقول بلانيول وربير « لكي يوجد عقـــد الشركة ، ينبغى اختفــاء رب العمــل واستبداله بمدير منتخب : وحينئذ نكون أمام تعاونية انتاج تعود صلاحية الادارة فيها الى جمعية العمال ، ويستبدل الاجر فيها بجزء من حاصل المبيعات » •

ب ـ معيار التعويض :

ان اهمية معيار التعويض تظهر خاصة عندما يقارن الشريك الذى يساهم بصناعته فى الشركة البسيطة بالعامل فى عقد العمل فى حالة خسارة المشروع •

ان الربح فى الشركة البسيطة احتماليا • فد يحقق الشريك ارباحا وقد يحقق الخسائر (المادة ١٨٥٥ من القانون المدنى الفرنسى والمادة ٥٣٣ من قانون الالتزامات السويسرى) •

وعكس ذلك يتسلم العامل فى عقد العمل تعويضا ثابتا ايــا كانت نتيجة المشروع •

تنص الفقرة ٢ من المادة ٥٣٣ من قانون الالتزامات السويسرى على انه اذا « لم يحدد الاتفاق غير الحصة فى الخسائر او الحصة فى الارباح يعتبر هذا التحديد موضوعا لكلتا الحالتين » •

وبغياب أى اتفاق بشأن تقسيم الخسائر أو الاربــاح ، ينص القانون على ان لكل شريك جزءا متساويا فى الارباح والخسائــر

حتى وان لم يفرض عقد الشركة على كل شريك نفس الحصص (الفقرة ١ من المادة ٥٣٣) .

ماذا يحدث لو ان عقد الشركة قد نص على اعفاء أحد الشركاء من المساهمة فى الخسائر ؟

يجب ابطال هذا الشرط فى القانون الفرنسى (الفقرة ٢ من المادة ١٨٥٣)، الا ان هذا الحل غير مقنع لتحريفه ارادة المتعاقدين، اذ قد يكون هذا الشرط جوهريا (Sine qua non) بين شروط عقد الشركة .

أما فى القانون السويسرى فيوجد حلان موفقان :

أولا ، يمكن النظر بالغاء كامل للعقد بتطبيق المادة ٢٠ من قانون الالتزامات بطريق القياس .

وثانيا ، يمكن قبول الشرط ، وعندئذ لا يتعلق الامر بعقد شركة . ذلك لان مثل هذا الشرط لا يتفق وفكرة الشركة . ويجب فى هذه الحالة تفسير العقد على ضوء هذا الشرط وفقا لمبدأ المادة ١٨ من قانون الالتزامات حتى وان نص الطرفان بصراحة على تعلق الامر بعقد شركة .

يجوز ان يتعلق الامر فى هذه الحالة بعقد عمل (تلك هى الحالة الغالبة) أو تبعا للمحكمة الاتحادية قد يتعلق بعقد قرض يتضمن المشاركة فى الارباح[١] .

---

(١) انظر La thèse précitée, p. 77.

يقول كولدنبرك ، ان نص الفقرة ٢ من المادة ١٨٨٥ من القانون المدنى الفرنسى المقابل لنص الفقرة ٢ من المادة ٥٣٣ من قانون الالتزامات السويسرى « يمنع اعفاء الشريك من المساهمة فى خسائر النقود أو الاسهم الموضوعة فى أموال الشركة وبالتالى لا يمكن ان يستهدف الشريك الذى لم يجلب سوى صناعته » ٠

ونحن لا نقبل هذا الرأى ، اذ ما دام يعترف بجواز قيام حصة الشريك بصناعته ، وجب عليه تحمل النتائج باشتغاله مجانا ٠ أما فى عقد العمل فيصعب رؤية الاجير وهو يتحمل هذا الالتزام ٠

ان القانون يسمح فى سويسرا باعفاء الشريك الذى يساهم بعمله من خسائر الشركة مع اشتراكه بالارباح (الفقرة ٣ من المادة ٥٣٣ من قانون الالتزامات) ، ولكن هذا التحفظ يتوقف على اتفاق مسبق ٠ وللشريك ان يحتفظ على الدوام بحقه فى الادارة، بينما يتعارض نشاط العامل التابع مع المشاركة المتعادلة للشركاء٠

يحتج كولدنبرك أيضا ، بـ« ان ما أراد المشرع الفرنسى منعه بالمادة ١٨٥٥ هو صياغة مواثيق الاسد » ٠

ان لهذا النص كل قيمته فى نطاق الشركة البسيطة ٠ أما فى عقد العمل ، فبالعكس ، غالبا ما يلاحظ قبول الاجير أجرا زهيدا بالنسبة لارباح صاحب العمل ، ولا يوجد نص مماثل لنص المادة ١٨٥٥ قابل للتطبيق على عقد العمل ٠

ولنذكر أخيرا ان واقع النص على الاشتراك فى منافع المشروع علاوة على الاجر المقطوع لا يغير الطبيعة القانونية لعقد العمل ما دام أن الاجير لا يتحمل الخسائر المحتملة ، ولنكرر ، من جهة

أخرى ، ان ليس ، مبلغ المشاركة فى المنافع سوى تكملة للاجر ، اذ يشترط دائما حدا أدنى للاجر يسمح للعامل بتلافى متطلبات وجوده فى حالة الخسائر ٠

أما مكافأة الشريك ، فبالعكس ، تتوقف على أرباح الشركة وحدها ٠ من حيث المبدأ ، يجب الاستدلال على وجود الشركة كلما كان هناك تعويض يقتصر على الاشتراك فى الارباح ٠

ج ــ معيار هدف الشركاء المشترك :

ان العنصر الاساسى للشركة يكمن ، تبعا لهذا المعيار ، فى هدف الاشتراك "l'affectio societatis" ، ذلك يعنى انه ينبغى لكى يوصف عقد ما بعقد الشركة ان يتعاون الشركاء لبلوغ هدف مشترك ٠ يجب ان يوحدوا جهودهم لتحقيق الهدف نفسه ٠ اذ ان الهدف المشترك يتقرر باتفاق مشترك ٠

ان الهدف الاساسى للشركة هو السعى وراء منافع تقسم بين أعضائها ٠ وعقد الشركة يجمع الشركاء فى جبهة مشتركة ، غرضها دائما تقريبا الوصول الى هدف مربح ٠ ولكن هذا الهدف قد يتغير من شركة الى أخرى ، وقد يتقمص صفات متنوعة : عابرة، كبيع وشراء عقار مثلا ، ودائمة كاستثمار صناعة أو تجارة ٠

« وعندما لا يعرف بالتأكيد ما اذا كان ينبغى تكييف علاقة تعاقدية بعقد الشركة ، يجب حسم المسألة ، برأى كول وكومر[١]

---

(١) انظر FJS précitée No. 676.

بالاخذ بنظر الاعتبار مجمل معطيات الواقع وبوزن جميع المصالح ذات العلاقة بعناية • يجب الاستنتاج بان هناك شركة حينما يكون لكل شريك مصلحة فى بلوغ الهدف ، وعندما يشارك بأية كيفية كانت فى تحقيق هذا الهدف ، وعندما يدعم التنظيم المشترك بوعى ويحتفظ لنفسه بصوت فى المداولات » •

ان عقد العمل مع المشاركة بارباح المشروع يتميز عن عقد الشركة بالفرق الواضح فى الغرض المستهدف • قد يعتقد البعض، بسبب هذه المشاركة ، بوجود عقد شركة : كل يقدم حصة ، صاحب العمل يجلب الزبائن ورأس المال والعامل يقدم صناعته • وذلك ، مع ذلك ، ليس عقد شركة ، بل عقد عمل ينص على أجر ثابت وأجر متغير ذى صفة احتمالية • كما ان ارادة الطرفين لم توضع موضع ارادة الشركاء ، بعضهم قبل البعض الآخر(١) • ان الهدف من اشتراك العامل فى الارباح هو تنشيط الانتاج • غير ان للعامل دائما أجرا مقابل ادائه لالتزامه بصرف النظر عن واقع تحقيقه المشروع أو عدم تحقيقه غرض شركائه او بعض الارباح •

لنلاحظ أخيرا ان مركز الشريك لا يستبعد مقدما امكانية ابرامه عقد عمل مع شركته(٢) • يوجد فى هذه الحالة تعايش بين العقدين •

٣ـ حالات تطبيقية

مبدأ : يمكن الاستنتاج من مختلف هذه المعايير بالا يوجد على

---

(١) انظر Ch. Lyon-Caen et L. Renault, op. cit. No. 112, p. 116.
(٢) انظر Becker, op. cit. No. 15, p. 311.

العموم عقد شركة (بشرط تقدير الظروف الخاصة بكل قضية) ان لم يوجد « هـــدف مشترك » ولا مشاركة فى الخسائر ، واذا تحققت تبعية أحد الطرفين بالنسبة للطرف الآخر •

قضى مثـلا :

١ــ فى القانون الفرنسى : بان :

أــ لا يمكن تشبيه رؤساء العمال الذين يأخذون على عاتقهم مسؤوليات هامة يتوقف عليها تطور الانتــاج ، بالشركاء ، لانهـم يتقاضون نسبة من أرباح الصفقات •

ان طريقة التعويض هذه لا تتفق مطلقا مع عقد الشركـــة (Comm 8 juin 1953, JCP 1953. II. 1880)(١) •

بــ لا يؤلف عقد شركة وانما عقد عمل ، الاتفاق الذى يمنح صاحب عمل بموجبه الى مستخدم فى متجره او الى كاتب جزءا من ارباح بيته التجارى أو مكتب دراساته ، سواء كان ذلك علاوة على راتب ثابت أو ليحل محل الراتب ، خاصة اذا لـم يلتزم الاخـير بالمساهمة فى الخسائر ، ما لم يفهم من أحكام الاتفاق او من بعض الظروف ان الطرفين قد أرادا الارتباط بعقد شركة حقيقى •

تلك مسألة وقائع متروكة لتقدير المحاكم ، غير انه يجـــب الاعتراف ، كقاعدة عامة ، بوجود عقد شركة حقيقى بين صاحـــب العمل ومستخدم المتجر المعنى اذا قدم هذا الاخـــير ، فضلا عـــن صناعته ، حصة نقدية عرضة الى مخاطر المشروع وتمتع بشىء من

---

(١) انظر Rivero et Savatier, Droit du travail, p. 277.

الرقابة والاشراف واذا لم يكن بالامكان فصـــله بارادة منفـردة (ad nutum) مثلما يفصـل المســتخدم أو الاجـير الاعتيـادى
(Cass. 24 févr. 1834 (s. chr.), Lyon 23 janv. 1891 (s. 93. 1. 299), Marseille 24 nov. 1896 (S 1898, 90), Nantes, 12 juill. 1905, (JS 1907, 46)[1] .

جـ- يجب اعتبار أجير المشروع الذى يغدو فى الوقت نفسه مساهما فى هذا المشروع مرتبطا بالعقدين كل على انفصال . قضى كذلك بالنسبة لشريـك فى تعاونية أصبـح مستخدما فـى تلـك الشركـة (Req. 6 janv. 1914, D.P. 1917. 1. 1.) .

واعترف بوجود العقود جنبا الى جنب بالنسبة للاجـير الـذى يحقق اختراعا فى مجرى عمله دون ان يكون مخولا سلفا باجـراء البحـوث . لقـد حللـت الرابطة القانونية بخصوص استثمار الاختراع بعقد شركة واقعية بين الاجير وبين صاحب العمـل أو بعقد اشتراك فى الملكية يعلو على عقد العمل (civ idéc. 1858, D.P. 59. 1. 452 Trib. civ. seine, 29 oct. 1954, JCP 1955, II, 8599, note Roubier, Dr. soc. 1959)[2]

٢ـ فى القانون السويسرى :

(أ) ان المادة ٣٤٣ منقانون الالتزامات تعطىملكية الاختراعات التى ينجزها العامل فى مجرى عمله الى صاحب العمل ، اذا كانت

---

(١) انظر C. Houpin, H. Bosvieux, Traité général, thêoique et pratique des sociétés civils et commerciales et des associations, p. 61, No. 4, vol. 1. 1918.

(٢) انظر Encyclopédie Dalloz, p. 641 No. 69 et 70. Brun et Galland No. 11-82.

طبيعة العمل الموعود به من قبل العامل تفرض عليه نشاطا يؤدى الى الاختراع فاذا لم يكن كذلك ، فحين يحتفظ صاحب العمل بهذا الحق لنفسه ٠

لكنه يستطيع العامـــل المطالبة بتعويض خـاص ، اذا كانت للاختراع فى الحالة الاخيرة أهمية اقتصادية[1] ٠

تبعا لشفاين كروبر[2] « اذا قدم أحد المتعاقدين العمل لغرض تحسين أو استثمار اختراع ، ووضع الآخر تحت التصرف مشغلا أو رأس مال ، نشأت بينهما روابط شركة بشرط ان يتفقا عـلى استهداف غرض مربح وعلى اقتسام الارباح » ٠

(ب) ينبغى الا يكتفى للحكم بوجود عقد عمل أو عقد شركة بالشروط المشترطة ، ويجب أيضا التحرى عمـا اذا كان الطرفان قد تصرفا فعليا فى مجـرى تعاونهما كصاحب عمـل وعامـــل أو كشـــركاء[3] ٠

لنعقد هـذا الفرع بملاحظة ان التطـور المعاصـر للمشروع يميل الى اشراك العمال سواء بالادارة أم بالارباح ٠ ولكنه لا زال من السابق لاوانه تمثيل العمال بالشركاء ٠ ان ذلـــك يقود الى حرمانهم من نظام عقد العمل وهو الافضل بالنسبة اليهم ٠

---

(١) انظر ATF 72. II. 270.

(٢) انظر op. cit. p. 22, lettre e.

(٣) انظر Arrêt de la Cour de Justice du Canton de Genève du 6 mars 1959 (sem - jud. 1960, p. 153).

الفـرع ٤

عقد العمل وعقد التدريب

ان فكرة عقد التدريب تقترب على الاخص من فكرة عقـــد العمل • ولكن المؤلفين بعيدون عن الاتفاق حـول التكييف الــذى يناسب اعطاءه الى هذا العقد ، حتى اعتبره بعض المشرعين كنوع لعقد العمل(١) •

---

(١) ان قانون « بيع البضائع » فى انكلترا لعام ١٨٩٣ ينص على ان عقود العمل تشمل العقود التالية :

أ ـ اجارة الخدمات ، « السيد والخادم » أو « وعقد الخدمة » •

ب ـ عقد التدريب ، « السيد والمتدرب » أو « عقد التمرين » •• الخ •

كذلك الامر فى القانون العراقى • اذ ان تعريف العامل فى المـــادة الاولى من قانون العمل لسنة ١٩٥٨ ، يشمل بين من يشمل ، المتدربين والعمال تحت التجربة • انهم يفيدون من نفس التنظيم الخاص بعقـد العمل •

ولنذكر أيضا ، ان رسالة المجلس الاتحادى السويسرى فى ٣ آذار ١٩٠٥ ، حول تعديل قانون الالتزامات ، توصى بتكييف عقـــد التدريب بعقد العمل • جاء فيها : « يقع تحت تطبيق القواعد الخاصة باجارة الخدمات ، من الان فصاعدا ، جميع العمال والمستخدمين لصناعى أو تاجرا أو محترف وحتى من يشتغل منهم فى المنازل • وكذا الامـر بالنسبة للمتدربين ، مع ان لتعليمهم المهنى أهمية خاصة وانهــــم لا يؤجرون خدماتهم ببساطة ، وحتى يمكن القول بان هـــذا التعليم المهنى هو الشىء الاساس • وبالتالى يجدر ان يجعل من عقد التدريب عقدا خاصا يقترب من عقد الوكالة •

←

يعنينا اذن ، ان نستخلص ، فى اطار هذا البحث المعيار الذى يسمح بتمييزه عن عقد العمل ٠

لم يكن التدريب فى بداية القـــرن التاسع عشر خاضعا الى نصوص قانونية خاصة ٠ كان هذا الوضع مصدرا لاساءة استعمال الحق ، لانتفاع صاحب العمل من عمل المتدرب دون اعطائه بالمقابل تعويضا بشكل تعليم مناسب ٠ أما اليوم فعقـــد التدريب يحــكم بنصوص خاصة ٠

ففى فرنسا تعالج عقد العمل المواد ١ـ١٨ من الكتاب الاول من قانون العمل المعدلة والمتممة بقوانـــين ٢٠ آذار ١٩٢٨ و٢٨ تشرين الاول ١٩٤٢ والمادة ٣١ز من الكتاب الاول مـــن قانون العمل أيضا وقانون ١١ تموز ١٩٥٧ ٠

تنص المادة ٣١ز من الكتاب الاول من قانون العمل على انه « يلزم ان تتضمن الاتفاقات الجماعية القومية على نصوص خاصــة بأنواع تنظيم واجراء التدريب والتعليم المهنى فى اطار فـــرع النشاط المعنى » ٠

←

لكن ذلك يخلق الاضطراب بدلا من الوضوح ٠ الحقيقة ان المتدرب يشتغل بشروط اجارة الخدمات ويأتى عمله فى المرتبة الاخيرة ٠ ان عمله وان كان وسيلة للتعلم المهنى ، الا ان انجاز العمل ليس بالامر الجوهرى ويمكن اعتبار التدريب على مهنة بمثابة تعويض عن العمل ٠ يمكـن ادراك ذلك بملاحظة انه غالبا ما يتعهد المتدرب بالعمل لمدة أطول بكثير من الزمن الضرورى للتعرف على مهنته ٠ ان عمله خلال الفترة الاخيرة يعوض القيمة الدنيا للخدمات التى قدمها فى البداية ويؤلف تعويضا لما تلقاه من تعلم ٠ ومن المعقول جدا ان نعتبر أيضا ما نص عليه فى المادة ١٣٨٣ (٣٢٥) بمثابة الالتزام المقابل لاجارة الخدمات الذى يتعهد صاحب العمل بتكريسه الى التعليم المهنى للمتدرب » ٠

والمادة الاولى من الكتاب الاول تعرف التدريب هكذا : « عقد يتعهد بموجبه رئيس مؤسسة صناعية أو تجارية أو محترف أو مستصنع باعطاء أو بالعمل على اعطاء تعليم مهنى منتظم وكامل الى شخص آخر يلتزم بالمقابل بالاشتغال لحسابه بموجب بعض الشروط وخلال زمن متفق عليه » .

وفى سويسرا يخضع هذا العقد الى القواعد التى تحكم عقد العمل بالقدر الذى تتوافق فيه مع الطبيعة القانونية للتدريب ، والى غيرها من النصوص المتممة وهى الفقرة ٣ من المادة ٣١٩ والمادتين ٣٢٥ و٣٣٧ من قانون الالتزامات والقانون الاتحادى حول التعليم المهنى الصادر فى ٢٦ حزيران ١٩٣٠ .

وسيحكم قريبا جدا بالقانون الاتحادى الجديد المسنون فى ٢٠ أيلول ١٩٦٣ الذى الغى جميع النصوص السابقة ما عدا المادة ١٤ من القانون الاتحادى الصادر فى ٢٦ حزيران ١٩٣٠ حول التعليم المهنى الذى سيبقى نافذا لغاية دخول القانون الاتحادى حول العمل فى الصناعة والمهن الحرفية والتجارة ، الصادر فى ١٣ آذار ١٩٦٤ (المادة ٦٤) ، فى حيز التنفيذ .

ان المادة ٣٦٢ ـ أ الجديدة من قانون الالتزامات السويسرى تنص على ان « رب العمل فى التدريب يلتزم بتعليم المتدرب على مهنة معينة طبقا لقواعد الفن » .

أما النصوص المتصلة بعقد العمل فتطبق ثانويا على عقد التدريب مع الاخذ بعين الاعتبار نصوص القانون العام للاتحاد والكانتونات المتعلقة بالتعليم المهنى وحماية العمال .

يخلص من ذلك ان الهدف الجوهرى للتدريب سواء فى القانون السويسرى أم فى القانون الفرنسى هو التعليم المهنى للمتدرب • مع ذلك ، هناك تشابه كبير بين عقد العمل وعقد التدريب بسبب واقـــع :

١ـ ان المتدرب ملزم باتباع تعليمات صاحب العمل وبانجـاز الاعمال التى عهدت اليه بأمانة وبالمحافظة على سر الامور شأنـــه شأن العامل الطرف فى عقد العمل فيما يتعلق بتنفيذ التزاماتـه قبل صاحب العمل (Voir l'art. 362 C, al. 1 CO, d'après la novelle loi suisse sur la formation professionnelle et l'art. 11 L. du CT Fr).

٢ـ ان طبيعة التدريب لا تتعارض مـع تخصيص تعويض الى المتدرب لتعويضه عن جزء مـــن الخدمات التى يقدمها الى صاحب العمل ، أما تعويض الجزء الآخر فهو التعليم الذى يتلقاه • ذلـك يعنى ان بالامكان ابرام كـــل من انعقدين عـلى سـبيل المعاوضة Voir l'art. 362 B, al. 2 de la loi suisse qui vient d'être citée ee l'arrêt de la Cour de cassation française du 1er août 1907, s. 1911. 1. 133

٣ـ يجوز فسخ عقد التدريب خلال مدة التجربة مثلما يفسخ عقد العمل ذو المدة غير المحددة سواء بوساطة انذار يسبق الفسخ أو لاسباب عادلة (Voir l'art. 352 e, CO dans la loi. suisse du 20 septembre 1963 et l'art. 13 L. 1er du CT français).

٢ـ فائدة التفريق

بالرغم من ان عقد التدريب قريب من عقد العمل،تظهر أهمية تفريقهما اذا علمنا :

(أ) ان عقد التدريب يصنف فى عائلة العقود الرسمية ، أى
يتطلب الكتابة لابرامـــه (cf. la loi française du 28 oct. 1942 et la loi suisse sur la formation professionnelle qui est en vigueur).
وبذلك يختلف فى هذه النقطة عن عقد العمل الذى يعتبر من حيث المبدأ عقدا رضائيا لا شكليا •

(ب) ان عقد التدريب فـــى فرنسا عقـــد محدد المـــدة بحكم الضرورة ، اذ تنص المادة الاولى من الكتاب الاول من قانون العمل على ان هذا العقد يعقد « لوقت يتفق عليه » ، يتحدد بالعادات أو بالاتفاقات الجماعية، بينما يجوز ابرام عقد العمل لوقت محدد أو غير محـــدد •

ويعقد عقد التدريب ، فى سويسرا أيضا ، لمدة محددة ، واذا حددت هذه المدة بسنة فأكثر ، جاز اخضاعه الى القانون الاتحادى حول التعليم المهنى طبقا للفقرة ٢ من المادة ٧ من القانون المذكور •

(ج) يظهر ان الاجر الذى يتسلمه المتدرب أجر تكميلى بقدره، ولكنه لا يكون الهدف الجوهرى الذى يرومه المتدرب ، لا بـــل ان التدريب قد يتطلب فى بعض الحالات تسديد بعض المصاريف الى صاحب العمل •

(د) ان رقابة التطبيق المنتظم لعقد التدريب تعهد فى فرنسا الى مفتشى العمل بالتعاون مع ضباط الشرطة القضائية (المـــادة ١٠٧ من الكتاب الاول من قانون العمل) وبالمحل الاخير الى محاكم العمل أو الى قاضى الصلح • أما فى سويسرا ، ان لم يكن من المؤكد انطباق القانون الخاص للتعليم المهنى على تدريب معين ، تختص

بالحكم السلطة الكانتونية (انظر الفقرة ٤ من المادة الاولى من القانون الاتحادى حول التعليم المهنى) ٠

(هـ) ينتهى عقد التدريب بموت أحد الطرفين أو الآخر ، بينما لا ينتهى عقد العمل بالضرورة بموت صاحب العمل أو بانتقال المشروع ٠ هكذا ان عقد التدريب يتميز خلافا لعقد العمل بالصفة الشخصية من كلا الجانبين(١) ٠

٣ـ معيار التفريق

لقد رأينا ان عقد التدريب هو اتفاق يلتزم بموجبه صاحب العمل بضمان تعليم مهنى للمتدرب الذى يتعهد بدوره بالعمل لحساب صاحب العمل خلال مدة معينة مقابل تعويض فى أغلب الاوقات وبشروط معينة ٠

ينجم عن ذلك ان ليس بمقدور معيار الزمن أو معيار التعويض او معيار التبعية ان يسمح بتفريق عقد التدريب عن عقد العمل ، لان تلك العناصر تطبع كلا العقدين ٠ وان المعيار الوحيد الذى يسمح بتفريقهما يكمن فى تحليل المحل الرئيس لكل من العقدين ٠

ففى الوقت الذى يتكون فيه محل عقد العمل من منفعة العمل من جانب العامل مقابل أجر يتعهد صاحب العمل بدفعه اليه ، يتكون محل عقد التدريب من حيث الاساس من التعليم المهنى للمتدرب وليس من العمل الذى لا يجهز الا بشكل ثانوى ٠

---

(١) انظر Brun et Galland, op. cit. No. II-335.

مع ذلك ، ان عقد التدريب يشبه كثيرا عقد العمل خاصة بواقع تعهد المتدرب بخدمة الآخرين • ولهذا يكون هذا العقد محلا لنظام خاص يتضمن مع ذلك التزامات وحقوق مماثلة لالتزامات وحقوق العمال لمشروع[1] •

وحتى ان بعض الكتاب أكدوا انه لو انطلقنا من توزيع حقوق وواجبات الاطراف كما هى مثبتة فى العقد وجب القول ، بتعبير دقيق ، اعتبار المتدرب رب العمل (تعلمه المهنى) ورب عمله بمثابة مقاول (يتلقى تعويضا يقوم بعمل المتدرب) • أو على الاقل يجب التفكير برابطة وكالة ان لم نعترف بوجود عقد مقاولة أو أخيرا ، ما دام الامر يتعلق بنشاط اعتيادى ، يصبح المتدرب هو من ينبغى ان تكو نله صفة رب العمل ولرب العمل صفة العامل •

ان هذين المفهومين ، برأى أوزر وشونبركر[2] لا يحسبان حساب الاسباب التى دعت المشرع الى التدخل بوضع تنظيم خاص لهذا العقد ولا الى هدف هذا العقد أو الرابطة الطبيعية بين المتعاقدين •

فضلا عن انه ينطلق حسب هذه الآراء من فكرة ان رب العمل le patron هو صاحب العمل (l'employeur) والمتدرب هو العامل ، مع ان عمل المتدرب غير جوهرى والاجر الذى يتقاضاه أقل أهمية من عمله •

---

(١) انظر Rivero et Savatier, op. cit. p. 273 et 291 et ss., voir aussi Rouast et Durand, op. cit. p. 498.

(٢) انظر op. cit. No. 38, p. 1154.

الواقع، ان قواعد عقد العمل لا تنطبق الا على الرابطة الخاصة بين رب العمل والمتدرب ، ولا تنطبق على عقد التعليم . ذلك لان عقد التعليم يتضمن واجب العمل بالنسبة للمعلم أو ادارة المدرسة فحسب . وبالتالى لا يمكن تطبيق هذه النصوص ، على الالتحاق بمدرسة لفن التصوير السينمى على سبيل المثال (B1, ZUR 17 p. 102 Nr. 42)[1] .

الخلاصة ، ان عقد التدريب عقد ذو طبيعة خاصة "Sui Generis" يبدو وكأنه ينتسب الى عقد العمل وعقد التعليم فى الوقت نفسه[2] .

---

(١) انظر Becker, op. cit. No. 29, p. 316.

(٢) انظر A. Grolhier, Etude juridique du contrat d'apprentissage, Thèse d'Alger, p. 5, 15 à 16, 1942.

الخلاصـــة

نستنتج من هذا البحث ان فكرة عقـد العمـل تطورت بخط متواز مـــع تطور المفاهيـــم الاقتصادية والاجتماعية والقانونية للمجموعة البشرية ، بمعنى فردى ـ فى صالح أرباب الاعمال فى بداية الامر ـ وبمعنى جماعى ـ فى صالح العمال ـ فى وقـت أحـــدث ٠

ان الاقتصاديين مثلهم مثل الفقهاء لـم يتفقوا بشأن تحديـد الطبيعة القانونية لهذا العقد ولا بشأن الفئة القانونية التى ينتسب اليها ٠ ان اختلافهم متأت من التكييفات المختلفة التى أعطوها الى التزام العمـــل ٠

الماركسيون يعترضون حتى على كيان هذا العقد كوسيلة مناسبة لتنظيم روابط العمل بين العمال وأصحاب العمل ٠ وبالاستناد الى تحليل لقيمة قوة العمل والى تفسير للربح الرأسمالى المتأتى من بيع البضائع المنتجة ، يخلصون الى القول بأن عقد العمل الفردى ينطوى بالضرورة على استغلال للطبقة العاملة ٠

ذوو رأى معاكس تماما ، الكتاب الذين يشبهون قوة العمـل بمال مادى ، يخضع لقانون السوق ٠ ان عقـــد العمل ، بالنسبة اليهم ، ليس الا ، من حيث الجوهر ، عقد بيع (مفهوم الرق) أو اجــارة للخدمــات ٠

ان هذا المفهوم قد فسح المجال عمليا الى استغلال الكائن البشرى ٠ وهذا ما جر الى تدخل الدولة لحماية الطرف الاضعف اقتصاديا فى عقـد العمـــل ٠

أما الفقه الحديث فيعارض هذا المفهوم • ان محل عقد العمل، بالنسبة اليه ، ليس شيئا ماديا كمحل عقد البيع أو عقد الاجارة • العمل لا يباع ولا يؤجر •

فضلا عن ان حالـة التبعية ، العنصر الاكثر تخصيصا لعقـد العمل لا تميز نشاط العامل الذى يصنع منتوجا معينا بوسائـله الخاصة دون الخضوع الى رقابة الآخرين ، ولا تصف العقد الـذى يتمتع الشخص بموجبه بالشيء المأجور دون ان يلتزم بتجهيز عمله للمتعاقد معه كالتزام مقابل •

تبعا للفقه السائد ، ان التزام العامل المقابل ، هو قوة عمله التى تشمل كل نشاط عقلى أو مادى ، يمكن ان يكون محلا لجميع الاتفاقات المتصلة بالعمل •

يترتب على ذلك انـه ينبغى البحث عـن المعايير التى تسمح باقصاء الخلط المحتمل بين الواحد والآخر من هذه الاتفاقات •

ان مختلف الحلول التى اقترحت باعتبارها معايير خاصة بعقد العمل قد رفضت واحدا تلو الآخر ، سواء لكونها ليست منطقية أو لانها ليست مناسبة عمليا • وهذا ما حمل بعض الكتاب الى التوصية بتطبيق سلسلة من المعايير ، فى حالـة الشـك ، فى وقت واحد ، واعطـاء العقـد الموضوع الدرس التكييف الـذى يتقرر باغلبية المعايير ، أو اخضاع العقد المشكوك بتكييفه الى نص أو آخر مـن النصوص التى تحكم غـيره من الاتفاقات ، مثلما فعـل المشرع السويسرى بالنسبة لعقد الوكيل التجارى أو عقد الممثل التجارى على سبيل المثال •

أما المحاكم فقد اكتفت بفصل كل قضية أخضعت اليها بعد تفحص ظروفها الخاصة ، ولم تصدر قرارات مبدئية الا نادرا ، بحيث ان قراراتها كانت متناقضة أحيانا ·

تلك نتيجة منطقية للقاعدة القاضية بان « العقد شريعة المتعاقدين » ''Pacta sunt servanda'' · الواقع ، يستحيل تحديد معايير التفريق سلفا · ان كل اشتراط يمس التعويض أو المدة أو طريقة تنفيذ العقد قد يعدل طبيعته القانونية أو على الاقل يقربه من عقد آخر · لقد رأينا كيف ان تفسير العقد يتوقف الى حد بعيد على ظروف الواقع لكل قضية وعلى الوضع السابق واللاحق للمتعاقدين ·

مع هذا ، لاجل تسهيل مهمة الفقهاء ولتقليل عدد الحلول المتناقضة قدر المستطاع ، عمد المشرع السويسرى والفقه والقضاء الفرنسى الى تعريف (بقليل أو كثير من الدقة) فكرة عقد العمل التى حاولنا تحليل عناصرها الجوهرية وهى منفعة العمل والاجر ومدة العقد وحالة تبعية الاجير . عناصر اعتبرناها المعايير الرئيسة التى تخدم التكييف أو لتحديد عقد العمل ·

ان تفريق عقد العمل عن غيره من عقود النشاط لا زال غير محدد بوضوح تماما ، خاصة فى القانون الفرنسى · ان هذا القانون لا يحتوى على تنظيم اجمالى قابل للقياس بتنظيم قانون الالتزامات السويسرى الذى تبنى فئات عقود أكثر تحديدا ويستخدم اصطلاحات فنية أكثر حداثة ، مع انها قليلة الدقة كالاصطلاحات الفنية للقانون الفرنسى ·

وللتغلب على صعوبات التفريق كافة ، لا يكتفى الفقه والقضاء السويسرى والفرنسى بالركون الى العناصر المميزة لعقد العمل وحدها ، بل غالبا ما تقابل الصفات المختلفة للعقود التى تختلط ببعضها ٠

الحقيقة ، لاجل بيان المعيار الاكثر اختصاصا لرسم الحدود الفاصلة بين عقد العمل وكل من العقود الواردة على قوة العمل . نعتقد أننا ، مع ذلك ، مخولون بالتأكيد على ان :

المعيار الارجح كفة ، عند تعلق الامر بتفريق عقد العمل عن عقد المقاولة ، فى القانون الفرنسى ، هو معيار التبعية ٠

بينما يكون المقاول مستقلا بالنسبة لطالب العمل ، يكون العامل خاضعا لصاحب عمله ٠

حقا ، ان القانون لا يحسب حساب هذا المعيار أحيانا ٠ ذلك لانه يحرص على حماية بعض الاجراء المستقلين كعمال المنازل بسبب الضعف الاقتصادى لهذه الفئة من العمال ٠ وذلك يعود أيضا الى بعض الاعتبارات ذات الصفة الاجتماعية أو الانسانية ٠

اما فى القانون السويسرى ، فمع الاخذ بعين الاعتبار هذا المعيار نفسه ، ان المعيار الاساسى هو معيار الزمن ٠

المقاول يعد بنتيجة معينة دون الاهتمام بالزمن الذى يتطلبه تنفيذ العمل ، بينما يلتزم العامل ، عكس ذلك ، بتقديم خدماته خلال زمن محدد أو غير محدد ٠

ان بعض العمال فى البيوت الذين يتصرفون بحرية بوقتهم يخضعون الى القانون الاتحادى حول العمل فى المنازل لعام ١٩٤٠ و هو قانون يقرب حالتهم من حالة العمال الاعتياديين ٠

عند تعلق الامر بفصل عقد العمل عن عقد الوكالــة نلاحظ انـــه :

غالبا ما يطبق معيار تمثيل الموكل بالوكيل فى القانون الفرنسى ٠ ان عقد الوكالة يعهد الى الوكيل بمهمة ، هى انجاز أعمال قانونية تتضمن صلاحية العمل ، بينما الهدف الذى يشغل بال الطرفـين فى عقد العمل ، هو العمل الذى يهدف صاحـب العمل ان يستمد منه منفعة مادية أو عقلية بصرف النظر عن أية فكرة للتمثيل ٠

فى القانون السويسرى يجرى الامر خلاف ذلك كليا ٠ يجوز ان يكون محل الوكالة ، أعمالا قانونية أو أفعالا مادية باستثنـاء الافعال المادية الصرفة ٠

يجوز ان يكون محل العقدين منافعا متشابهة ، ولكنه ان كان يلزم تقديم المنفعة خلال زمن محدد أو غير محدد نجد انفسنا أمام عقد العمل ، وان لم يشترط العقد سوى منفعة أو عدة منافع دون اعتبار الوقت كان لنا شأن مع عقد الوكالة ٠

أما فى حالة الشك فيسير التفسير فى صالح عقد الوكالة طبقا لنص الفقرة ٢ من المادة ٣٩٤ من قانون الالتزامات ٠

ونلاحظ ، بخصوص تفريق عقد العمل عن عقد الشركـة ، تطبيق معايير متماثلة سواء فى القانون السويسرى أم فى القانون

الفرنسى : وهى خاصة ، معيار التبعية ، ومعيار الهدف المشترك للشركاء .

الشريك يعمل بذاتية تامة مستقلا عن شريكه ، مدفوعا فقط بهدف الشركة الذى يؤلف قطب الجذب لمجموع الشركاء ، بينما ينحنى العامل لاوامر صاحب العمل ، هدفه الرئيس الكسب لضمان معاشه .

أخيرا ، ان عقد التدريب عقد ذو طبيعة خاصة (Sui Generis) تتصل بعقد العمل وبعقد التعليم فى الوقت نفسه .

Thalberg — Der Dienstvertrag im Obligationenrecht, Thèse, Zurich 1899.

Thilo Emile — Ouvrier ou employé? Note de doctrine et de jurisprudence. JDT No. 103

Turrettini Pierre — Le contrat de courtage et la salaire du courtier. Thèse, Genève 1952.

Union des voyageurs de commerce de la Suisse Romande — Genève. Commentaire de la loi fédérale sur le contrat d'agence du 4 février 1949.

Vasseur Michel — La compétence des juges de paix en matière de contrat de travail. Droit social 1952.

Vincent Jean — La dissolution du contrat de travail. Paris 1935.

Vivier G. — La fourniture de logement au salarié par l'employeur. Nancy 1949.

von Tuhr — Partie général du Code des Obligations. Vol. 1, traduit de l'allemand par Maurice de Torrenté et Emile Thilo. Lausanne 1929.

Vetsch Gottlieb — Organisation des tribunaux spéciaux. FJS 1er janvier 1942.

Wilson J.F. — Principles of the law of contrat. London 1957.

Zaki A. Elchiati — Essai sur la qualification des contrats. Thèse, Le Caire 1944.

Richard Albert — Les rapports entre le contrat de travail et la législation du travail. Zeitschrift für schweizerisches Recht, 1933.

Richardson Henry J. — An introduction to the study of industrial relations. London 1959.

Ripert G. — Les forces créatrices du droit, 1955.

Ripert et Boulanger — Traité de droit civil. T. III. Contrats civils. Paris 1958.

Rivero et Savatier — Droit du travail. 2me éd. «Themis», Paris 1960.

Rossel Virgile — Manuel de droit fédéral des obligations 1920.

Rouast et Durand — Précis de la législation industrielle. Paris 1947

Rouast et Durand — Droit du travail, Paris 1961. Précis de droit du travail, Paris 1963.

Rouast et Gravoid — Traité des accidents du travail.

Rousseau — Traité théorique et pratique des sociétes commerciales françaises et étrangères. Vol. 1, 5me éd. 1921.

Salle Edmond — L'évolution technique du contrat et ses conséquences juridiques. Paris 1930.

Savatier J. — Etude de la profession libérale. Poitiers 1947.

Savatier René — Cours de droit civil, T. II, Paris 1944.

Savatier R. et J., Aubry Pequignot — Traité de droit médical, 1956.

Schneider A. et Fick H. — Commentaire du Code fédéral des Obligations, Zurich 1915.

Schweingruber — Commentaire du contrat de travail. Traduction française d'Albert Laissue. Berne 1952.

Senellart Raymond — Des contrats de louage de services passés par les médecins. Thèse, Lille 1939.

Sellier et Tiano — Economie du travail. Paris 1962.

Stadthagen — Das Arbeiterrecht, Stuttgart 1904.

Surville F. et Arthuys F. — Cours élémentaire de droit international privé conforme au programme des Facultés de droit. Droit civil, procédure. Droit commercial. 6me éd. Paris 1915.

Touillier — Le droit civil français suivant l'order du Code. T. IXI, Paris 1840.

Mathews Robert E. — Labor relations and the law. Boston 1953.

Mazeaud Léon — Leçons de droit civil, T. III, éd. Monichrestien, Paris 1960.

Megret — Le contrat de gardiennage d'immeubles de rapport. Thése, Paris 1943.

Message du conseil fédéral — A l'appui d'un projet de loi sur le contrat d'agence du 27 novembre 1947, FF 1947.

Ministère des affaires sociales de l'Irak — Ensemble des lois, statuts, instructions et ordonnances concernant les travoilleurs. Bagdad 1961.

Mustafa Rijab Mustafa — La distinction du mandat et du contrat d'entreprise en droit suisse. Thèse, Genève 1958.

Naville Pierre — Essai sur la qualification du travail. Paris 1956.

Odinet N. — Le statut des travailleurs à domicile. Droit social 1951.

Oser-Schoenenberger — Das Obligationenrech, 2me éd. Zurich 1936.

Patry Robert — Le principe de la conflance et la formation du contrat en droit suisse. Genève 1953.

Perrier — Le gardiennage des immeubles urbains. Thèse, Lyon 1948.

Piaget Robert — Droit public et droit privé. Quelques aspects de leur confrontation en droit suisse. Revue de droit administratif et de droit fiscal No. 1, 1948.

Phelps, E.H. Brown — The Growth of British industrial relations. London 1960.

Planiol Marcel — Traité élémentaire de droit civil. T. II, Paris 1902.

Planiol et Ripert — Traité pratique de droit civil, T. X et XI, 2me éd. 1954.

Répertoire du droit social et du travail — Mise à jour 1962.

Richard Albert — Le contrat de travail en droit suiss. Thèse, Genéve 1913.

Grolhier Alice — Etude juridique du contrat d'apprentissage. Thèse, Alger 1942.

Guhl Théo — Le droit fédéral des obligations traduit de l'allemand par René Des Gouttes, Zurich 1947.

Guhl et Kummer — Société simple — Définition — Création FJS No. 676, 15 oct. 1942.

Gysin Arnold — Arbeitsrech, Zurich 1943.

Houpin C., Bosvieux H.Z. — Traité général, theorique et pratique des sociétés civiles et commercials et des associations, Vol. 1, Paris 1918.

Huc Théophile — Commentaire théorique et pratique du Code civil, T. 11, Paris 1897.

Jaccard Pierre — Histoire social du travail de l'antiquité à nos jours, Paris 1960.

Jenks Edouard — Digest de droit civil anglais, T. 1, traduit par Baumann et Goulé, Paris 1923.

Josserand Louis — Cours de droit civil positif français, Ve, Paris 1939.

Kaufmann et Eichhulzer — Arbeitsrechtliche Praxis, No. 11, 1935.

Lambert E., Antonielli et Ricard — Les Codes de la Russie Soviétique. Traduit pare patouillet et dufour, Paris 1925.

Lang Otto — Commentaire du contrat de travail selon le Code fédéral des Obligations, Zurich 1930.

Lescudier J. — La notion juridique de salarié. Thèse, Paris 1931.

Lyon, Caen et Renault L. — Manuel de droit commercial, éd. 15me, Paris 1928.

Mars Pierre — Le contrat de conciergerie. Thése, Poitiers 1936.

Martin Alfred — Le Code des Obligations. Des contrats de droit civil, Genève 1922.

Martini Alexis — La notion du contrat de travail. Thèse, Paris 1912.

Marx — Le Capital. Edition sociales. T. 1, Paris 1948.

Marx — Travail salarié et capital. Editions sociales, Paris 1960.

Duranton — Traité des contrats et des obligations en général suivant le Code civil. Paris 1821.

Durr Charles — Du contrat d'entreprise, éd. Bau und Boden, Berne 1958.

Durr Charles — Du contrat d'agence, éd. Dürr, Berne 1959.

Duvilliers Robert P. — Les accessoires du salaire. La Semaine juridique 1948.

Eichholzer E. — Contrat de travail, Nature et forme — obligations de l'employé. FJS No. 823, 1943.

Encyclopédie Dalloz — Répertoire de droit social et du travail, Paris 1960.

Escarra — Manuel de droit commercial, Paris 1948.

Escarra J., Escarra E. et Rault J. — Traité théorique et pratique de droit commercial, Vol. I et IV, éd. 5, Paris 1955.

Fick F. — Commentaire du Code fédéral des Obligations. Traduction française par Porret, Neuchâtel, 1915.

Flander Alan and Clegg H.A. — The system of industrial relations in Great Britain, Oxford 1960.

Foignet René — Manuel élémentaire de droit civil, T. II, éd. 3, Paris 1909.

Friedmann et Naville — Traité de sociologie du travail, Paris 1961.

Funk Fritz — Commentaire du Code fédérad des Obligations, traduit par MM. Porret et Perregaux. Paris 1930.

Furler Elly — Mandat proprement dit, Notions générales, FJS No. 326, 15 mars 1942.

Girod Roger — Etude sociologique sur les couches salariées. Ouvriers et employés. Paris 1961.

Glasson Pierre — La responsabilité des administrateurs de la société anonyme envers les créanciers sociaux en droit suisse. Thèse, Fribourg 1937.

von Goethen F. et Geysen R. — Droit du travail, Bruxelles 1950.

Goldenberg Charles — La nature juridique des contrats de travail. Thèse, Genève 1908.

Greyfie de Bellecombe Louis — Les conventions collectives de travail en Union Soviéaique. Paris 1958.

Burgi Wolfhart — Contrat d'entreprise. Réglementation générale, FJS No. 623, 1er sept. 1942.

Cohen S.F. — Les problèmes du salaire sux pièces, Droit social 1949.

Capitant et Cuche — Précis de législation industrielle, Paris 1936.

Chatelain Emile — De la nature du contrat entre ouvrier et entrepreneur. Etude critique de droit économique, Paris 1902.

Chatelain Emile — Esquisse d'une nouvelle théorie sur le contrat de travail. Revue trimestrielle de droit civil 1904.

Colin Paul — De la détermination du mandat salarié. Thèse, Paris 1931.

Colin, A. et Capitant, H. — Cours élémentaire de droit civil français, T. II, 8me éd. Paris 1935.

Conférence internationale du travail — La cessation de la relation de travail. Rapport VII, 1961.

Coutant — L'industrie salariée. Thèse, Paris 1937.

Cuche P. — Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail. Revue critique de législation et de jurisprudence, 1913.

Curti Arthur — Manuel de droit civil commercial anglais. Paris 1929.

D,Aubert Paul — Le contrat de salaire différé. Thèse, Rennes 1942.

Daeppen — Le Code fédéral des Obligations interprété par la jurisprudence du Tribunal fédéral, éd. française, traduit de l'allenmand par Raymond Charles, Zurich, 1936.

Delorme, V. Rosselot — Le travail à domicil. Thèse, Paris 1941.

De Montmollin M. — Nouvelles perspectives dans l'étude du travail, Paris 1961.

De Perregaux Gabriel — La direction dans la société anonyme. Thèse, Fribourg 1961.

Durand et Jaussaud — Traité de droit du travail, T. I, Paris 1947.

Durand et Vitu — Traité de droit du travail, T. II, Paris 1950.

Durand Paul — Naissance d'un droit nouveau. Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle. Droit social 15, 1952.

BIBLOGRAPHIE

Al Saïd Sadik	Cours d'économie et de législation du travail. Bagdad 196c.
Arminjon P., Nolde B. et Wolff	Traité de droit comparé, Paris 1952.
Atiyah	Introduction to the Law of contrat. London 1961.
Aubry et Rau	Cours de droit civil français, T. IV 4me éd., Paris 1871.
Becker	Kommentar zum Obligationenrecht, Bern 1934.
Berenstein Alexandre	Contrat de travail et Relation de travail. Travail et Sécurité sociale, Avril 1958.
Berenstein Alexandre	Exclusivité syndicale et champ d'application des conventions collectives en Suisse. Revue internationale du Travail — février 1962.
Berenstein Alexandre	L'extension de la législation du travail. Travail et Sécurité sociale, Octobre 1949.
Berenstein Alexandre	Ouvriers, employés et domestiques, Travail et Sécurité sociale, Janvier-Avril 1956.
Beudant	Cours de droit civil, T. XII, 2me éd. Paris 1947.
Bideau Pierre	Voyageurs de commerce, FJS No. 140, 15 septembre 1957.
Bideau Pierre	FJS No. 585, Juillet 1954.
Björk Lief	Wages, prices and social legislation in the Soviet Union. Translated from the Swedish by M. A. Michel, first published in Great Britain, 1953.
Boitard Michel	Les contrats de services gratuits. Thèse, Paris 1941.
Bosshart F.	Interprétation des contrat. Thèse, Genève 1939.
Boudeville Jaques R.	L'Etat britannique, les conventions collectives et la politique des salaires, Revue politique et parlementaire. Tome cc III Janvier-Mars 1951.
Brochard Jean	Manuel du contrat de travail, Paris 1961.
Brun A., Galland H.	Droit du travail. Sirey 1958.
Burean international du travail	Série Relations professionnelles No. 4 Genève 1959.

جـدول الخطأ والصواب

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٣٩	١	عقد العمل	عقد البيع
٦٨	١٦	فكرة العمل	فكرة علاقة العمل
١١٨	١٤	لا تصادق	لا تصادف
١٢٣	٧	عنصرة	عنصرا
١٣٥	١	ــــــــ	حالات تطبيقية
١٨٢	١٣	عليها	عليه
١٨٢	١٨	الانطواء	لانطواء
٢١٠	٨	وزيادة	وزيارة
٢٢٢	١١	لا يمكن ان تقدر بنقد ولانه	تشطب لتكررها
٢٢٦	٥	فائدة التعريف	فائدة التفريق
٢٣٩	٨	عقد العمل	عقد التدريب
٢٤٤	٦	مثبة	مثبتة



UNIVERSITE DE GENEVE FACULTE DE DROIT

LES CRITERES JURIDIQUES DU CONTRAT DE TRAVAIL

THESE

PRESENTEE A LA FACULTE DE DROIT
DE L'UNIVERSITE DE GENEVE
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

PAR

Jalal AL-KOURAICHI
(IRAK)

THESE No. 586

ANNEMASSE (FRANCE)
IMPRIMERIE GRANCHAMP
1968